

Der Einfluß der verfassungspolitischen Entwicklung auf Ermessens - Rechtsprechung und -Schrifttum

**Dargestellt an der Judikatur der obersten
Verwaltungsgerichte Preußens, Bayerns und
Württembergs bis zum Jahre 1933 und an der
zeitgenössischen Literatur**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der
Johann Wolfgang Goethe-Universität
Frankfurt am Main

vorgelegt von
Erich Haschtmann
aus Kirchberg i. Sa.

1958



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555216_0002

Der Einfluß der verfassungspolitischen Entwicklung
auf Ermessens-Rechtsprechung und -Schrifttum

Dargestellt an der Judikatur der obersten
Verwaltungsgerichte Preußens, Bayerns und
Württembergs bis zum Jahre 1933 und an der
zeitgenössischen Literatur

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der
Johann Wolfgang Goethe-Universität
Frankfurt a. M.
vorgelegt von
Erich Haschtmann
aus
Kirchberg i. Sa.



1958

Erstgutachter: Prof. Dr. Ridder

Zweitgutachter: Prof. Dr. Mallmann

Tag der mündlichen Prüfung: 19. II. 1958

Inhaltsverzeichnis

Schrifttumsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

Einleitung	S. 13
Überblick	S. 29

Abschnitt I

Die verfassungspolitische Entwicklung Preußens, Württembergs und Bayerns bis um 1870 (unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsschutzes gegenüber der öffentlichen Gewalt) in ihrer Bedeutung für den Charakter der Ermessensrechtsprechung der obersten Verwaltungsgerichte dieser Länder bis zur Jahrhundertwende

A. Preußen

- | | |
|---------------------------------------|-------|
| 1. Verfassungspolitische Entwicklung | S. 37 |
| 2. Ermessensrechtsprechung des PrOVG. | S. 46 |

B. Württemberg

- | | |
|--|-------|
| 1. Verfassungspolitische Entwicklung | S. 52 |
| 2. Ermessensrechtsprechung des WürttVGH. | S. 57 |

C. Bayern

- | | |
|--|-------|
| 1. Verfassungspolitische Entwicklung | S. 60 |
| 2. Ermessensrechtsprechung des BayVGH. | S. 64 |

Abschnitt II

Die verfassungspolitischen Strömungen der Zeit zwischen Jahrhundertwende und Revolution von 1918 in ihrem Einfluß

auf das zeitgenössische Schrifttum zum Ermessensproblem sowie auf die Ermessensrechtsprechung des PrOVG., des WürttVGH. und des BayVGH.

A. Verfassungspolitische Strömungen	S. 69
B. Schrifttum	S. 74
C. Ermessensrechtsprechung des PrOVG.	S. 84
D. Ermessensrechtsprechung des WürttVGH.	S. 87
E. Ermessensrechtsprechung des BayVGH.	S. 90

Abschnitt III

Die staatspolitische Umwälzung der Jahre 1918/19 in ihrer Auswirkung auf die Behandlung des Ermessensproblems in der Rechtsprechung des PrOVG., des WürttVGH. und des BayVGH., sowie im Schrifttum und in der Verwaltungsgesetzgebung

A. Weimarer Reichsverfassung, Schrifttum und Verwaltungsgesetzgebung	S. 95
B. Ermessensrechtsprechung des PrOVG.	S. 104
C. Ermessensrechtsprechung des WürttVGH.	S. 111
D. Ermessensrechtsprechung des BayVGH.	S. 117

Zusammenfassung und Ausblick	S. 124
------------------------------	--------

Schrifttumsverzeichnis

- Anschütz Artikel "Verwaltungsrecht", in Hinneberg, Systematische Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1913, S. 372 ff.
= Anschütz, VerwR.
- Apelt Geschichte der Weimarer Verfassung, 1946
= Apelt
- Bachof Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955/97 ff.
- Bergsträsser Geschichte der politischen Parteien in Deutschland, 8./9. Aufl., 1955
= Bergsträsser, Part.
- Bornhak Geschichte des preuß. Verwaltungsrechts, Bd III, 1886
= Bornhak, Gesch.
- Braunwart Die Geschichte der Verwaltungsrechtspflege in Bayern, in FestschrVGH., S. 1 ff.
- Bühler Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht, in Recht und Staat im Neuen Deutschland, Bd. II, 1929, S. 3 ff.
= Bühler, Rechtsschutz
- Bühler Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914
= Bühler, SubjR.
- Bühler Die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegenüber der Verwaltung im württ. Recht und ihre Entwicklung seit Anfang des 19. Jh., 1911
= Bühler, Zuständigkeit
- Doeberl Entwicklungsgeschichte Bayerns, Bd. II, 3. Aufl., 1928 u. Bd. III, 1931
= Doeberl
- Drews Vom Ausbau der preuß. Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZStaatsW. 1924/586 ff.
= Drews, ZStaatsW.

- Drews/Wacke Allgemeines Polizeirecht, 6. Aufl., 1955
= Drews, PolR. (Vorauslagen mit Angabe der Aufl.)
- Dürig Bedürfnis und öffentliches Interesse als Rechtsbegriff, JZ.
1953/535 ff.
= Dürig
- Dyroff Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz, Kommentar, 7. Aufl.
1928 = Neudruck der 5. Aufl., 1917, mit Ergänzungsband
von 1928; Hauptband
= Dyroff
- Fleiner Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl.,
1928
- Forsthoff Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 6. Aufl., 1956
= Forsthoff
- Franzen Lehrkommentar zum Polizeiverwaltungsgesetz, 3 Bände,
1932/34
= Franzen
- von Gneist Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland
2. Aufl., 1879
= Gneist, RSt.
- Goez Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, 1902
= Goez, VerwRpfl.
- Hartung Deutsche Verfassungsgeschichte vom 15. Jh. bis zur Gegen-
wart, 6. Aufl., 1950
= Hartung, VerfG.
- Heffter Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jh., 1950
= Heffter, Selbstv.
- Heuss Friedrich Naumann. Der Mann, das Werk, die Zeit, 2. Aufl.
1949
= Heuss, Naumann
- Hofacker Das subjektive öffentliche Recht des Nachbarn, WürttZ.
1922/27 ff. u. 49 ff.

- Hofacker Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform, 1919
= Hofacker, Staatsverw.
- Hohl Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege v. 16. 12. 1876,
1877
= Hohl, VRG
- Jellinek, W. Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung,
1913
= Jellinek, Ges.
- Jellinek, W. Reichsverfassung und Verwaltungsrecht, RuPrVB1. 50/519 ff.
= Jellinek, Reichsverfassung
- Jellinek, W. Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und
durch Verwaltungsgerichte, VStRL., H. 2, 1925, S. 8 ff.
- Jellinek, W. Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931
= Jellinek, VR.
- Kahr Das bayerische Gesetz über die Errichtung eines Verwal-
tungsgerichtshofes .. vom 8. 8. 1878, 1879
= Kahr
- Klein-Hattingen Geschichte des deutschen Liberalismus, 2 Bände, 1911/12
= Klein-H., Gesch.
- Krauss Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1955
= Krauss, Verhältnism.
- Lasker Zur Verfassungsgeschichte Preußens, 1874
= Lasker, VerfG.
- Laun Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910
= Laun, FrErm.
- Loening, E. Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preußen,
VA. II/217 ff. u. 437 ff. sowie VA. III/94 ff. u. 510 ff.
- von Mangoldt-
Klein Das Bonner Grundgesetz. Erläutert, 2. Aufl., Lfg. 1, 1956
= Mangoldt-Klein
- Maunz Deutsches Staatsrecht, 5. Aufl., 1956
= Maunz

- Mayer, O. Deutsches Verwaltungsrecht, 1 , 2. u. 3. Aufl., 1895 - 1924
= O. Mayer, mit Angabe der Aufl.
- Meyer, G. Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., 1893 u.
4., von Dochow bearbeitete, Aufl., 1913
- Mommsen Politische Geschichte von Bismarck bis zur Gegenwart, 1935
= Mommsen, PolGesch.
- Naumann, Fr. Die politischen Parteien, Vorträge, 1910
= Naumann, Part.
- Peters, H. Lehrbuch der Verwaltung, 1949
= Peters, Verw.
- Pioch Das Polizeirecht einschließlich der Polizeiorganisation,
2. Aufl., 1952
= Pioch, PolR.
- Plappert Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das
freie Ermessen in ihrer Bedeutung für den Art. 13 des württ-
VRG.
= Plappert
- Preuß Das deutsche Volk und die Politik, 1915
- Reuß Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, Vortrag, 1954
(Sonderdruck aus Staatszeitung Rhld-Pfalz)
= Reuß, StaatsZ.
- Rosenberg Entstehung und Geschichte der Weimarer Republik, hrsg.
von Kersten, 1955
= Rosenberg
- Sarwey Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1880
= Sarwey
- Scheuner Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch
die Gerichte, VA. 33/68 ff.
= Scheuner
- Schüle Verwaltungsermessen und nat. -soz. Rechtsdenken, in Frank,
Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, S. 341 ff.
= Schüle

- von Seydel Bayerisches Staatsrecht, 2. Aufl., 1896, 4 Bände
 = Seydel
 Neubearbeitung dieses Werkes, 1913, durch Piloty (Bd. I)
 u. von Grassmann (Bd. II)
 = Seydel-Piloty bzw. Seydel-Grassmann
- Stier-Somlo Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, in
 Festgabe für Laband, 1908, Bd. II, S. 445 ff.
 = Stier-Somlo, FrErm.
- Tezner Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, 1924
 = Tezner, FrErm, 1924
- Ule Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, Vortrag, 1954
 (Sonderdruck aus Staatszeitung Rhld-Pfalz)
 = Ule, StaatsZ.
- Vervier Über die sogenannten Ermessensfragen. BayGemZ. 33, 1923,
 Sp. 393 ff
 Vervier
- Winterlin Die rechtsgeschichtlichen Grundlagen des Rechtsstaates in
 Württemberg, Vierteljahreshefte für Landesgeschichte, 38.
 Jg, 1932, S. 318 ff.
 = Winterlin, Grundlagen
- Wolzendorff Der Polizeigedanke des modernen Staats, 1918
 = Wolzendorff, Polizeigedanke

Abkürzungsverzeichnis

Siehe auch Literaturverzeichnis.

Zahlen in Klammern hinter Gerichtsentscheidungen bezeichnen Band und Seite der jeweiligen amtlichen Entscheidungs-Sammlung.

ALR.	13 Preußisches Allgemeines Landrecht
Amtsblatt	11 Amtsblatt des Königl. Württembergischen Ministeriums des Innern
ArchÖffR.	14 Archiv des öffentlichen Rechts
Bay., bay.	11 Bayerisch, bayerisch
BayGemZ.	1 Bayerische Gemeinde- und Verwaltungszeitung
bayVGG.	11 bayerisches Gesetz v. 8. 8. 1878, die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofs .. betreffend
BayVGH.	1 Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
Bl.	11 Blätter für administrative Praxis
BVerwG.	1 Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE.	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts. Amtliche Sammlung
DÖV.	11 Die Öffentliche Verwaltung
DVB1.	1 Deutsches Verwaltungsblatt
E.	11 Ermessen oder Entscheidung
Festgabe OVG.	11 Festgabe zur Feier des fünfzigj. Bestehens des Preußischen OVG., 1925
FestschrVGH.	1 Festschrift zur Feier des fünfzigj. Bestehens des Bayerischen VGH., 1929
GG.	11 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
HdbDStR.	11 Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 1930/32
JZ.	1 Juristenzeitung
LVG.	1 Preußisches Landesverwaltungsgesetz v. 30. 7. 1883
PolVerf.	1 Polizeiverfügung
PolVO.	1 Polizeiverordnung
Pr., pr.	1 Pre., pr., preußisch
PrGS.	1 Preußische Gesetzssammlung
PrOVG.	1 Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrVB1.	1 Preußisches Verwaltungs-Blatt

Reger	= Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden aus dem Rechtsgebiete der inneren Verwaltung
Stengel-Fl.	= Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, begründet von v. Stengel, hrsg. von Fleischmann, 2. Aufl., 1911/14
U., Ue.	= Urteil, Urteile
VA.	= Verwaltungsarchiv
VStRL.	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VerwRPfl.	= Verwaltungsrechtspflege
Württ., württ.	= Württembergisch, württembergisch
WürttArch.	= Württembergisches Archiv für Recht und Rechtsverwaltung mit Einschluß der Administrativjustiz
WürttJ.	= Jahrbücher der württembergischen Rechtspflege
WürttRV.	= Württembergische Zeitschrift für Rechtspflege und Verwal- tung (später: .. für Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege)
württVRG.	= Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege in Württem- berg v. 16. 12. 1876
WürttZ.	= Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Ge- meindeverwaltung in Württemberg
WV.	= Weimarer Reichsverfassung
ZStaatsW.	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

" Seit Triepel . . die Unhaltbarkeit einer politikfreien Wissenschaft vom öffentlichen Recht nachgewiesen hat, wissen wir, daß zahllose Vorgänge des öffentlichen Lebens, also auch der Verwaltung, unverständlich bleiben ohne Aufzeigung ihrer politischen Motivierung und ihres politischen Hintergrunds. "

Hans Peters
(Die Wandlungen der öffentlichen Verwaltung in der neuesten Zeit, 1954, S. 39)

Einleitung

In der Rechtsprechung der nach dem Zusammenbruch des Jahres 1945 neu konstituierten Verwaltungsgerichte ist im ganzen eine deutliche Tendenz zur Einschränkung des Bereichs des Verwaltungsermessens festzustellen.

Dieser Praxis der Verwaltungsgerichte ist im Schrifttum und in den beteiligten oder interessierten Kreisen vielfach, wenn auch bisweilen mit Vorbehalten verbunden, zugestimmt worden. Teilweise ist die "ermessensfeindliche" Haltung der Gerichte aber auch auf recht heftige Ablehnung gestoßen.

Die Begründungen, die in diesem Meinungsstreit um das Problem des Verwaltungsermessens in Rechtsprechung und Schrifttum gebraucht worden sind und noch gebraucht werden, lassen sich - abgesehen vom Argument einer drohenden "Lähmung" der Verwaltung, auf das später noch einzugehen sein wird - im wesentlichen in zwei Gruppen scheiden: einmal wird die Abgrenzung des Ermessens- und des der verwaltungsrichterlichen Nachprüfung unterliegenden Bereichs nach den "Regeln einer a b s t r a k t e n L o g i k" (1) oder nach der Eigenart oder "S t r u k t u r" des strittigen B e g r i f f s (2) vorgenommen (3); zum andern aber wird die Entscheidung der Frage, ob Ermessensbetätigung oder verwaltungsrichterlich überprüfbare Rechtsanwendung vorliege, auf Grund v e r f a s s u n g s r e c h t l i c h e r bzw. - p o l i t i s c h e r Erwägungen getroffen.

Eine nähere Betrachtung dieser beiden in der Hauptsache ins Feld geführten Gruppen von Argumenten ergibt nach Ansicht des Verfassers, daß die "logisch-begrifflichen" Erwägungen in aller Regel n i c h t geeignet sind, eine Entscheidung

(1) vgl. dazu FORSTHOFF, S. 79

(2) vgl. etwa DVBl. 53/586, wo REUSS - zweifelnd - von einer "unabänderlichen inneren Struktur" der unbestimmten Rechtsbegriffe spricht.

(3) Begründungen dieser Art werden im folgenden kurz als "l o g i s c h - b e - g r i f f l i c h e" bezeichnet. Als Beispiele für solche Begründungen seien die häufig zu findenden Hinweise auf die mehr oder weniger große Unbestimmtheit eines Begriffs oder auf dessen Zugehörigkeit zu den "Wertbegriffen" genannt.

im "Ermessensstreit" zu tragen. Wirklich überzeugen können vielmehr nur diejenigen Begründungen, die sich auf die Grundsätze der Verfassung beziehen; d. h. diejenigen Begründungen, die von der Regelung ausgehen, welche die Verfassung den Fragen der Grundrechte, des Rechtsschutzes gegenüber der öffentlichen Gewalt, der Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz und der Funktionsverteilung unter den Trägern der Staatsgewalt hat zuteil werden lassen. Das Problem des Verwaltungsermessens ist eben ein zutiefst p o l i t i s c h e s Problem (4). Es steht mit der jeweiligen staatlichen Grundordnung, deren vorausgegangener Entwicklung und deren sich vollziehenden oder anbahnenden Wandlungen in engem Zusammenhang und ist deshalb auch nur einer politischen, d. h. verfassungspolitischen (5) Analyse zugänglich (6).

-
- (4) Im Sinne von "unparteilicher Staatspolitik" - so SCHEUNER in anderem Zusammenhang in DVBl. 52/296; dort wird auch mit Recht daran erinnert, daß "Verfassungsrecht .. politisches Recht" ist.
- (5) Als verfassungs-p o l i t i s c h muß die Beweisführung, die sich auf die Grundsätze der Verfassung bezieht, bezeichnet werden, weil sie auf die "Grundanlage" der Verfassung (vgl. BayVGh., U. v. 18.2.55 - DVBl. 55/253 ff., 257) zurückzugreifen und die einzelnen sich ergänzenden oder - mindestens scheinbar - divergierenden Verfassungsbestimmungen miteinander in Verbindung zu bringen bzw. gegeneinander abzuwägen hat (vgl. dazu SCHEUNER - DVBl. 52/296 - für das Gebiet der Verfassungsgerichtsbarkeit).
- (6) Allerdings sind wohl Fälle d e n k b a r, in denen die Entscheidung der Frage, ob E. -oder Rechtsbegriff anzunehmen sei, auf Grund logischer Schlüsse möglich erscheint (z. B. auf Grund von Überlegungen über die Stellung des anzuwendenden Gesetzes in einem System von Vorschriften, die den gleichen Fragenkomplex betreffen). Aber auch in diesen Fällen muß die Entscheidung unter Berücksichtigung des verfassungspolitischen Hintergrundes, auf dem die betreffende Vorschrift erlassen worden ist, getroffen werden. Vgl. dazu etwa das U. des BVerwG. v. 7.10.54 (DÖV. 55/186 f.), in dem auf Grund logischer Überlegungen für die Begriffe "geordnete Entwicklung des Gemeindegebietes" und "ordnungsmäßige Bebauung" (§ 3 BauregelungsVO. v. 15.2.36) das Obwalten eines behördlichen E. ausgeschlossen wird; das BVerwG. hätte nach Ansicht des Verf. dabei berücksichtigen müssen, daß der Gesetzgeber des Jahres 1936 nicht der des Jahres 1954 gewesen ist, daß also die Vorschrift seinerzeit einen ganz anderen "Sinn" gehabt haben kann als ihr heute beigelegt wird (vgl. dazu auch die gegen Ende dieser "Einleitung" skizzierte Begründung des U. des BayVGh. v. 18.2.55).

Bei näherer Untersuchung der "logisch-begrifflichen" Begründungen zeigt sich weiter, daß Entscheidungen, die angeblich auf Grund derartiger Erwägungen getroffen werden, in Wirklichkeit meist auf Überlegungen ganz anderer Art beruhen. Mit anderen Worten: die logisch-begrifflichen "Erwägungen" werden überwiegend vom Ergebnis her bestimmt; von einem Ergebnis, das aus - in vielen Fällen sicher verfassungspolitischen - Überlegungen herrührt, die aus irgendwelchen Gründen nicht in den Vordergrund gerückt werden sollen.

Die Ansicht, daß das Ermessensproblem ein politisches, d.h. ein verfassungspolitisches ist und daß demgemäß Entscheidungen in diesem Problemkreis ganz überwiegend auch nur durch verfassungspolitische Erwägungen überzeugend begründet werden können, darf als im Vordringen begriffen bezeichnet werden.

Während bis zum Jahre 1933 aus Gründen, auf die noch einzugehen sein wird, in der wissenschaftlichen Diskussion wie auch in den Urteilen der Verwaltungsgerichte in aller Regel nur "logisch-begriffliche" Begründungen zu finden sind, werden seit 1945 und besonders seit Bestehen des Bonner Grundgesetzes in immer steigendem Maße Argumente gebraucht, die sich aus der Neugestaltung der staatlichen Grundordnung ergeben. So nimmt FORSTHOFF in der aus dem Jahre 1956 stammenden sechsten Auflage seines Lehrbuchs im Zusammenhang mit der Behandlung des Ermessensproblems zum ersten Mal auf das GG. Bezug. Er stellt nämlich fest, daß "der Justizstaat, wie ihn das GG. (Art. 19 Abs. IV) aufgerichtet" habe, "den umfassenden gerichtlichen Rechtsschutz" fordere, und meint, daß deshalb also "die Vermutung für die Rechtsanwendung und gegen das Ermessen" spreche. Die "Unterscheidung von Ermessensbegriffen und unbestimmten Rechtsbegriffen" folge demnach, so fährt Forsthoff fort, "nicht nur den Regeln einer abstrakten Logik", sie werde "vielmehr durch den verfassungsmäßig gewährleisteten Rechtsschutz auf das stärkste bestimmt" (7). Weiter stellt Forsthoff fest, daß bei der Abgrenzung der Bereiche der Ermessensbetätigung und der Rechtsanwendung "die Ermöglichung einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle, nachdem die gesamte rechtsanwendende Tätigkeit der Verwaltung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterstellt worden ist, vielfach von erheblicher Bedeutung" sei (8)(9).

(7) a.a.O., S. 78 f.; Sperrung vom Verf.

(8) a.a.O., S. 82

(9) Noch in der fünften, aus dem Jahre 1955 stammenden Auflage seines Lehrbuchs hatte Forsthoff (S. 71) die Ansicht vertreten, daß für diese Abgrenzung "die Möglichkeit verwaltungsgerichtlicher Kontrolle .. nicht ausschlaggebend" sei (Sperrung vom Verf.)!

Es fehlt aber auch nicht an Stimmen, die bei der Begründung ihres Standpunktes im Ermessensstreit den Zusammenhang von Ermessensproblem und staatspolitischer Grundordnung völlig unbeachtet lassen. Diese Stimmen erwecken den Eindruck, als seien die Stellungnehmenden der Ansicht, daß die im GG. verkörperte staatliche Neuordnung nicht das mindeste mit der Behandlung des Verwaltungsermessens zu tun habe, daß vielmehr die Abgrenzung von Rechtsgebundenheit und Ermessensfreiheit im Verwaltungsrecht gleichsam nach ewig gültigen Regeln vorzunehmen sei.

So beruft sich GIESE hinsichtlich der Ermessenseigenschaft der Fragen des "Bedürfnisses" und des "öffentlichen Interesses" auf die "klassische Rechtsauffassung" eines OTTO MAYER und FLEINER (10). Er übersieht dabei aber - oder will übersehen -, daß seit der Zeit, zu der O. Mayer und Fleiner ihren Standpunkt im Ermessensstreit bezogen haben (11), grundlegende verfassungspolitische Veränderungen vor sich gegangen sind (12). Weiter leugnet etwa LABS jeden Zusammenhang zwischen verfassungspolitischer Neuordnung und Nachkriegsentwicklung der Ermessensrechtsprechung. Labs erblickt die Ursache für die Einschränkung des Bereichs des Verwaltungsermessens durch die Verwaltungsgerichte einzig und allein in der in den Nachkriegsjahren "häufig unzureichenden Personalausstattung der Behörden" und in der aus "sonstigen Gründen mangelnden Rechtssicherheit". Er begrüßt es demgemäß, daß sich das BVerwG. (13) nun "gegen dieses zeitbedingt verständliche", aber angesichts der wiedergewonnenen Leistungsfähigkeit der Verwaltung "nicht mehr angebrachte Bestreben" gewandt habe (14).

Aber auch von denjenigen, die den politischen Charakter des Ermessensstreits grundsätzlich anerkennen, wird diese Erkenntnis oft stark verdunkelt. Die betreffenden Gerichte und Autoren rücken nämlich häufig "logisch-begriffliche" Argumente in den Vordergrund und bringen die verfassungspolitischen Gesichtspunkte nur gleichsam unterstützend vor; weiter beschränken sie sich dabei meist auch noch auf einen für eine wirklich überzeugende Begründung nicht genügenden Hinweis auf den oder jenen allgemeinen Verfassungsgrundsatz, der ihre

(10) JZ. 52/585 ff.

(11) Vor der Jahrhundertwende bzw. um 1910

(12) vgl. auch DÜRIGS Kritik an Giese, JZ. 53/535 ff.

(13) Mit dem U. v. 10.3.54 (1/92 ff.)

(14) DÖV. 54/534

Entscheidung zu stützen vermag (15).

Der Verfasser hat sich mit dieser Arbeit die Aufgabe gestellt, einen Beitrag zur Stärkung der Erkenntnis vom politischen Charakter des Ermessensproblems zu leisten. Es soll dies durch den Nachweis geschehen, daß Ermessens-Rechtsprechung und -Schrifttum in Deutschland seit jeher entscheidend durch die verfassungspolitische Entwicklung beeinflußt worden sind. Dazu wird die Judikatur drei der bedeutendsten obersten deutschen Verwaltungsgerichte, nämlich des Preußischen Obergerverwaltungsgerichts sowie des Bayerischen und des Württembergischen Verwaltungsgerichtshofs, und das einschlägige Schrifttum zu untersuchen sein, und zwar von der Konstituierung der Gerichte an bis zum Jahre 1933.

Bevor ein "Überblick" über den Gang dieser Untersuchung gegeben werden kann, erscheint es jedoch nötig, die oben vertretenen Ansichten über die von Nachkriegs-Rechtsprechung und -Schrifttum im Ermessensstreit gebrauchten Argumente anhand einiger Beispiele zu belegen. Dazu werden aus der Judikatur drei wichtige Urteile dargestellt, die zur heftig umstrittenen Frage der Interessen der öffentlichen Verkehrs" (16) im Sinne des § 9 Abs. I PBefG. (17) ergangen sind und die sich in ihren Begründungen aufeinander beziehen. Aus dem Schrifttum werden, um den Rahmen dieser "Einleitung" nicht zu sprengen, lediglich ergänzend einige wenige Äußerungen herangezogen, die mit jenen drei Entscheidungen in engem Zusammenhang stehen.

Bei den dargestellten Erkenntnissen handelt es sich um die Urteile des BVerwG. v. 10. 3. 1954 (18), des OVG. Münster v. 20. 7. 1954 (19) und des BayVGH. v. 18. 2. 1955 (20). Wichtig erschien es dem Verfasser dabei, das erwähnte Urteil des BVerwG. in die Untersuchung einzubeziehen. Dieses faßt nämlich im Widerspruch zur Ansicht fast aller obersten Verwaltungsgerichte der Länder den

(15) vgl. die auf den nächsten Seiten skizzierten Ue. des BVerwG. und des OVG. Münster

(16) Im folgenden mit "Int. d. ö. V." abgekürzt

(17) § 9 Abs. I "Gesetz über die Beförderung von Personen zu Lande" v. 4. 12. 34 in der Fassung des Ges. v. 6. 12. 37 (RGBl. I/1319 ff.) lautet: "Die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn der Antragsteller zuverlässig ist, die Sicherheit und Leistungsfähigkeit des Betriebs gewährleistet ist und das Unternehmen den Interessen des öffentlichen Verkehrs nicht zuwiderläuft".

(18) BVerwGE. 1/92 ff.

(19) DÖV. 55/345 f.

(20) DVVBl. 55/253 ff.

Begriff "Int. d. ö. V." als einen Ermessensbegriff auf und ist deshalb teilweise geradezu als ein "Umbruch im verwaltungsrechtlichen Denken" (21) gewertet worden.

Das Bundesverwaltungs - Gericht begründet die eben erwähnte Verweisung der "Int. d. ö. V." in den Bereich des freien E. wie folgt (22) :

Die Beantwortung der Frage, ob den "Int. d. ö. V." Genüge geleistet sei, richte sich nach verkehrspolitischen und verkehrswirtschaftlichen Gesichtspunkten und liege deshalb im E. der Verwaltung. Bei dem strittigen Begriff versagten objektive Maßstäbe und Erfahrungsgrundsätze; denn die Beurteilung der "Int. d. ö. V." richte sich nicht nur nach Umfang, Bevölkerungszahl und wirtschaftlicher Struktur des betreffenden Gebietes, sondern beinhalte auch "die von der Verwaltung zu lösende Frage, mit welchen Verkehrsmitteln die 'Int. d. ö. V.' befriedigt werden sollen, ob durch Einrichtung oder Ausbau von Schienenbahnen .. oder durch Zulassung anderer öffentlicher Verkehrsmittel". Hierüber zu entscheiden, müsse dem "Willensentschluß der Verwaltungsbehörde überlassen" werden, wobei es sich hier schon der "Struktur nach" nicht um eine Rechtsfrage handeln könne.

Der gegenteiligen Ansicht mehrerer oberster Verwaltungsgerichte der Länder, daß es sich bei der Frage der "Int. d. ö. V." um eine der Beurteilung durch die Verwaltungsgerichte unterliegende Tat- und Rechtsfrage handele, könne nicht beigetreten werden. Die Gerichte würden nämlich bei einer solchen Nachprüfung "ihr E. an die Stelle des E. der Verwaltung hinsichtlich der Planung und Lenkung des öffentlichen Verkehrs setzen und damit in unzulässiger Weise in die durch Art. 20 Abs. II GG. gewährleistete Verteilung der staatlichen Funktionen auf verschiedene Funktionsträger eingreifen".

Das OVG. Münster beharrt demgegenüber im U. v. 20.7.54 (23) auf seinem schon früher vertretenen Standpunkt, daß es sich bei dem streitigen Begriff "Int. d. ö. V." nur um einen "unbestimmten Rechtsbegriff" handeln könne, der in vollem Umfang der verwaltungsrichterlichen Kontrolle unterworfen sei.

(21) LABS, DÖV. 54/535

(22) BVerwGE. 1/92 ff., 96 f.

(23) DÖV. 55/345 f.

Das Gericht beruft sich zur Begründung dieser Ansicht zunächst auf die von REUSS vertretene These (24), daß die Aufnahme eines Begriffs in den Tatbestand irgendeiner Rechtsnorm diesem "ipso iure die Eigenschaft eines normativen Elements des Tatbestands" verleihen, ihn also "zwangsläufig" zum Rechtsbegriff mache; zum Rechtsbegriff, bei dessen Auslegung und Anwendung wegen des rein kognitiven Charakters jeden Tatbestands für Willensentschlüsse - wie sie das BVerwG. für die Beurteilung der "Int. d. ö. V." für unerlässlich hält (der Verf.) - "begriffsgemäß" kein Raum sei (25).

(24) DÖV. 54/55 ff.

(25) Nach Reuß hat die Eigenschaft des unbestimmten Begriffs als eines "normativen Elements des Tatbestands" aber nicht nur zur Folge, daß hier für Willensentschlüsse "begriffsgemäß" kein Raum ist, sondern Reuß meint, daß diese Eigenschaft überhaupt jede Bindung eines Gerichts an die einen unbestimmten Begriff betreffende Entscheidung einer Verwaltungsbehörde als ausgeschlossen erscheinen lasse. Er begründet dies (a. a. O., S. 56) wie folgt: "Bei der den Gerichten obliegenden Rechtsfindungsaufgabe besteht hinsichtlich ihrer Verpflichtung zur Rechtsanwendung keinerlei qualitativer Unterschied zwischen best. und unbest. Rechtsbegriffen. Denn der unbest. Rechtsbegriff ist - wie gezeigt - ein normatives Element des (abstrakten) Tatbestands, an dessen Vorliegen der Gesetzgeber bestimmte Rechtsfolgen knüpft. Vergegenwärtigt man sich diese einfache Wahrheit, so ist es unausweichlich anzuerkennen, daß der Richter bei seiner Rechtsanwendung den unbest. Rechtsbegriff genau so zu behandeln hat wie jedes sonstige normative Element eines gesetzlichen Tatbestands" (Sperrungen vom Verf.).

Diese, nach Ansicht des Verf. den banalen Einwand "warum noch Streit, wenn die Wahrheit so 'einfach' ist?" geradezu herausfordernde Argumentation ist ein typisches Beispiel jener abstrakt-logischen Begründungen im EStreit, die völlig daran vorbeigehen, daß das EProblem ein politisches Problem ist, daß nämlich die Fragen der Gewaltverteilung im Staate und des Rechtsschutzes gegenüber der öffentlichen Gewalt im verfassungspolitischen Kräftespiel und nicht nach logischen Gesichtspunkten gelöst werden. Im - wenn auch konstitutionellen - Obrigkeitsstaat der Zeit um 1900 konnte es, um ein Beispiel zu nennen, durchaus als der verfassungspolitischen Situation entsprechend angesehen werden, wenn den Verwaltungsbehörden das Recht zugebilligt wurde, "Alkoholpolitik" zu treiben (vgl. JELLINEK, Ges., S. 132). Die Stellung der Verwaltungsbehörden war infolge der Nachwirkungen der absolutistischen Epoche und durch die hinter der Exekutive stehende Autorität des Monarchen so stark, daß es nur natürlich erscheinen konnte, wenn "die Beurteilung des

(Forts. der Fußnote (25) auf Seite 20 unten)

Aber auch bei Nichtanerkennung der Reuß'schen These, so begründet das OVG. Münster seine Ansicht weiter, müsse für die Frage der "Int. d. ö. V." trotz aller Schwierigkeiten der Auslegung das Recht der richterlichen Kontrolle bejaht werden, da es sich bei diesem Begriff um einen "Teilausschnitt des 'öffentlichen Interesses'" handle, dessen "Begriffsinhalt immer nach objektiven Maßstäben feststellbar" sei. Die Entscheidung darüber, ob im Einzelfall die Verkehrsmittel den "Int. d. ö. V." entsprechen, sei, so wird weiter ausgeführt, also ein nur eine richtige Lösung zulassender Erkenntnisakt, der der verwaltungsrichterlichen Überprüfung unterliege.

Abgesehen von diesen Erwägungen, so schließt das Gericht den hier anzuführenden Teil seiner Begründung, sei gegen die Auffassung des BVerwG. auch das Bedenken vorzubringen, daß es "mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbaren wäre", die Frage, ob die Berufung des Betroffenen auf das Grundrecht der Berufsfreiheit möglich sei oder nicht, dem E. der Verwaltungsbehörden zu überantworten.

Der Inhalt des zitierten Urteils des Bay. VGH. soll, da dieses sich in der Art seiner Begründung wesentlich von denen des BVerwG. und des OVG. Münster unterscheidet, erst im Anschluß an die kritische Betrachtung dieser beiden Urteile skizziert werden.

Das OVG. Münster - um mit der Betrachtung des Erkenntnisses zu beginnen - das dem Verfasser zur Erläuterung seiner Ansichten am besten geeignet erscheint - begründet seine Entscheidung zunächst mit einer Verweisung auf die ausschließlich "nach den Regeln einer abstrakten Logik" aufgestellte Reuß'sche These. Weiter beruft sich das Gericht dann darauf, daß der Inhalt des strittigen Begriffes "immer objektiv feststellbar" sei. Schließlich stützt es gleichsam diese in den Vordergrund gestellten Erwägungen durch das Vorbringen verfassungsrechtlicher "Bedenken".

(25) Forts. der Fußnote von S. 19: Bedürfnisses im Gaststättenrecht in allen Richtungen und Beziehungen, nach welchen es überhaupt erwogen werden kann. der aktiven Verwaltung, überlassen" wurde (so BayVGH. v. 28. 12. 1889 - 1 553 ff., 554 f.). Wenn sich aber etwa BÜHLER gegen diese Praxis des BayVGH. gewandt hat, dann hat er dies nicht getan, weil sie seiner Ansicht nach den Gesetzen der Logik und "einfachen Wahrheiten" widersprach, sondern weil er aus rechtsstaatlichen Gründen eine Verstärkung des Rechtsschutzes für erforderlich hielt (vgl. SubjR., S. 390).

Diese äußere Gestaltung der Begründung entspricht jedoch nach Ansicht des Verfassers in keiner Weise dem Wert, den das Gericht den einzelnen Argumenten in Wirklichkeit beigelegt haben dürfte; Es kann doch wohl kaum angenommen werden, daß sich das OVG. von einem Gedankengang, dem wie dem Reuß'schen mit seinen "Zwangsläufigkeiten" und "einfachen Wahrheiten" die mangelnde Beweiskraft auf die Stirn geschrieben steht, beim Treffen seiner Entscheidung auch nur irgendwie hat mitbestimmen lassen! Ebenso erscheint es aber auch unwahrscheinlich, daß das Gericht der "Erwägung" von der objektiven Erkennbarkeit des Begriffsinhalts des "öffentlichen Interesses" (26) entscheidenden Wert beigelegt hat; denn es ist gar nicht zu übersehen, daß objektive Merkmale eben versagen müssen, wenn es, wie vom BVerwG., als Aufgabe der Verwaltungsbehörde angesehen wird, den öffentlichen Verkehr zu planen und zu lenken und dabei freie "Willensentschlüsse" zu treffen. Vielmehr dürften es wohl allein die vom OVG. am Ende seiner Begründung angezogenen "rechtsstaatlichen Grundsätze" gewesen sein, die das Gericht dazu bestimmt haben, die verwaltungsrichterliche Überprüfbarkeit der Beurteilung der "Int. d. ö. V." durch die Verwaltungsbehörden zu bejahen. Das OVG. will "die Beurteilung, ob die Inanspruchnahme eines Grundrechts im Einzelfall" gegenüber den öffentlichen Verkehrsbelangen möglich ist oder nicht, nicht dem E. der Verwaltungsbehörde überlassen - dies ist der Grund für seine Haltung im Streit um die "Int. d. ö. V.", nicht dagegen die angeblich "immer" gegebene Feststellbarkeit des Inhalts dieses Begriffs nach objektiven Maßstäben. Ja, der Verfasser glaubt noch weitergehen und dieses Urteil als ein Beispiel für jene Stellungnahmen im EStreit ansehen zu dürfen, in denen Erwägungen über die "Struktur" eines Begriffs nicht nur die Entscheidung in Wahrheit in keiner Weise mitbestimmen, sondern in denen diese "Erwägungen" geradezu "auf einer Antizipation dessen beruhen, was angeblich bewiesen werden soll, und somit vom Ergebnis her bestimmt werden" (27); der Gerichtshof will Rechtsschutz gewähren, also muß der Inhalt des Begriffs "Int. d. ö. V." "immer nach objektiven Maßstäben" zu erkennen sein, also muß ein unbestimmter Rechtsbegriff

(26) Der Inhalt ~~keines~~ unbestimmten Begriffs ist dessen "Struktur" nach "immer objektiv feststellbar", ebenso wie umgekehrt auch bei keinem dieser Begriffe objektive Maßstäbe notwendig versagen. Eine solche "Struktur", die einen an sich "neutralen" unbestimmten Begriff notwendig entweder als Rechts- oder als EBegriff erscheinen läßt, wird diesem vielmehr nur beigelegt, zu "erkennen" ist sie nicht.

(27) So LOPPUCH, DVBl. 55/417

vorliegen (28).

Abschließend bleibt noch festzustellen, daß das Urteil mit dem Vorbringen der genannten "rechtsstaatlichen" Bedenken nicht ausreichend begründet erscheint. Das Gericht hätte sich einerseits nicht nur summarisch auf die "rechtsstaatlichen Grundsatz" berufen dürfen und hätte andererseits auf die, wenn auch nicht näher begründete, Auffassung des BVerwG., eingehen müssen, daß die staatliche Grundordnung die Aufgabe der Planung und Lenkung des Verkehrs der Verwaltung zuzuwende und daß in die Durchführung dieser Aufgabe die Gerichte als Träger einer anderen Staatsfunktion nicht einzugreifen hätten. - Es darf hierzu auf das unten darzustellende Urteil des BayVGH. verwiesen werden.

Das Bundesverwaltungsgericht legt seiner Auffassung, daß die Beurteilung der "Int. d. ö. V." ESache der Verwaltungsbehörden sei, die Ansicht zugrunde, daß der Verwaltung das Recht zum Betreiben einer echten, notwendig mit "Willensentschlüssen" verbundenen und deshalb eine richterliche Nachprüfung ausschließenden Verkehrspolitik (29) zugestanden werden müsse (30).

(28) Warum das OVG., so vorgeht, ist nicht ersichtlich; möglicherweise hält es eine "dogmatische Verbrämung" (vgl. DÜRIG, JZ. 53/535) für unerlässlich, vielleicht scheut es aber auch die Schwierigkeiten einer Begründung, die der Problematik der Frage gerecht wird.

(29) Im allgemeinen wird der Begriff "Verkehrspolitik" nicht in diesem Sinne einer echten, mit Willensentschlüssen verbundenen und demnach die richterliche Überprüfung ausschließenden Politik gebraucht, sondern es wird darunter lediglich die abwägende Beurteilung der Belange der Allgemeinheit verstanden (vgl. etwa U. des OVG, Münster, a. a. O., S. 346, wo es heißt, daß "die Tatsache, daß bei Beurteilung der 'Int. d. ö. V.' .. verkehrspolitische Gesichtspunkte mitsprechen können, nicht den Schluß" rechtfertige, "daß bei der Feststellung des Begriffs objektive Maßstäbe .. versagen"; ganz ähnlich auch ULE, StaatsZ., S. 23).

(30) Der Feststellung, daß bei dem Begriff "Int. d. ö. V." objektive Maßstäbe versagen, kann demgegenüber nicht, wie es durch das BayVGH. (vgl. unten) geschieht, die Bedeutung einer selbständigen Begründung beigemessen werden, da das BVerwG. diesen Satz ja eben damit begründet, daß der Verwaltungsbehörde das Recht zum Betreiben einer mit Willensentschlüssen verbundenen echten Verkehrspolitik zugestanden werden müsse. Der Unterschied zwischen der Feststellung des BVerwG., daß beim Begriff der "Int. d. ö. V." objektive Maßstäbe versagen, und der oben erwähnten des OVG. Münster, daß der Begriffsinhalt "immer nach objektiven Maßstäben feststellbar" sei, liegt darin, daß das OVG. Münster aus seiner Feststellung einen Schluß zu ziehen vorgibt, während das BVerwG. jenen Satz als ein aus den nachfolgenden Überlegungen gefolger-tes Ergebnis voranstellt.

Die Frage, ob sich aus der rechtlichen Grundordnung des heutigen Staates die Möglichkeit und Notwendigkeit ergibt, eine solche, in Verfolgung einer bestimmten Linie planende, lenkende und gestaltende echte Verkehrspolitik als Funktion der Verwaltung anzusehen, beantwortet das BVerwG. mit einem kurzen Hinweis auf Art. 20 Abs. II GG., der seiner Ansicht nach die Gewaltenteilung gewährleistet. Eine solche Begründung kann jedoch nicht als genügend angesehen werden. Einmal wird dieses verfassungsrechtliche Argument ebenso wie der entsprechende Hinweis des OVG. Münster auf die "rechtsstaatlichen Grundsätze" gleichsam nur als Ergänzung der eigentlichen Begründung vorgebracht. Zum andern aber erschöpft dieses Argument auch in keiner Weise die sich aus dem rechts- bzw. justizstaatlichen Charakter des GG. ergebende verfassungspolitische Problematik der aufgeworfenen Frage. Allerdings ist anzunehmen, daß das BVerwG. seine in anderem Zusammenhang aufgestellte These, daß sich der einzelne gegenüber "den für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgütern" nicht auf ein Grundrecht berufen dürfe (31), auch hinsichtlich der Frage der "Int.d.ö.V." ins Feld führen möchte; aber auch insoweit wären verfassungsrechtliche Bedenken auszuräumen gewesen, wie der BayVGh. in dem anschließend skizzierten Urteil überzeugend dargetan hat.

Im Gegensatz zu den Entscheidungen des BVerwG. und des OVG. Münster stellt der Bayerische VGh. in seinem Urteil v. 18. 2. 1955 (32) die sich ergebenden verfassungspolitischen Probleme in den Mittelpunkt seiner Begründung. Er bringt alle verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte vor, die für seine Ansicht zu sprechen scheinen, geht aber andererseits - allerdings nicht sehr ausführlich - auch auf die Begründung der gegenteiligen Meinung des BVerwG. ein.

Der BayVGh. führt in dem genannten Urteil im wesentlichen aus:
Der Antragsteller habe nach einhelliger Ansicht unter dem heutigen Verfassungszustand einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Genehmigung, falls die Voraussetzungen d. § 9 Abs. I PBefG. erfüllt seien (33); ein solcher Rechtsanspruch müsse aber eine Entscheidung ausschließen, da aus einem ins E. der Behörde gestellten Handeln kein Recht

(31) a.a.O., S. 95

(32) DVBl. 55/253 ff.

(33) Nach § 12 DVO. PBefG. v. 26.3.35 (RGBl. 473 ff.) hatte der Antragsteller keinen Rechtsanspruch; das BVerwG. hat diese Vorschrift im U. v. 29.6.54 (1/165 ff., 169) als nicht mit dem GG. vereinbar bezeichnet.

des Betroffenen abgeleitet werden könne. Weiter sei zu beachten, daß in einem Rechtsstaat die Tatbestandsseite eines Satzes "die gesetzliche Grundlage für das Handeln der Behörde, sei es als Schranke für ihr Handelndürfen, sei es als Voraussetzung für ihr Handeln-müssen", bilde, und daß es sich mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbaren lasse, die Beurteilung der Bedeutung dieser "Schranke" bzw. dieser "Voraussetzung" im Einzelfall dem E. der Verwaltungsbehörde zu überlassen. Die Beurteilung der Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 PBefG. müsse also der richterlichen Nachprüfung unterworfen werden; und zwar habe dies für jede der drei "dem Zusammenhang nach mit gleichem Rechtswert nebeneinander gestellten" Komponenten in gleicher Weise zu gelten.

Wenn demgegenüber das BVerwG, den dritten Tatbestandsteil, die Vereinbarkeit mit den öffentlichen Verkehrsinteressen im Gegensatz zu den ersten beiden Komponenten des § 9 Abs. 1 PBefG. mit der Begründung dem E. der Behörde unterstellen wolle, daß bei der Beurteilung der "Int. d. ö. V." objektive Maßstäbe versagten und daß der Verwaltung ein Recht zur Planung und Lenkung des Verkehrs zugestanden werden müsse, so könne dies nicht als richtig angesehen werden. Was die Schwierigkeiten bei der Auslegung und Anwendung des Begriffs "Int. d. ö. V." anbelange, so müsse darauf hingewiesen werden, daß die "Verdeutlichung unbestimmter Gesetzesbegriffe mit dem Ziele einer weitgehenden Fixierung ihres Sinngehaltes" eben eine gewisse Zeit in Anspruch nehme. Bei den Generalklauseln des BGB. sei dies ebenso gewesen. - Ein Recht zur Planung und Lenkung des öffentlichen Verkehrs müsse der Verwaltung wohl zugestanden werden, aber eben nur für den gesetzlich nicht normierten Bereich. Wenn dagegen ein Sachgebiet "rechtstechnisch so durchnormiert" sei wie das des Personenbeförderungsrechts, so sei die Verwaltung nach Art. 20 Abs. III GG. an diese gesetzlichen Bestimmungen gebunden; es könne allerdings sein, daß der seinerzeitige Gesetzgeber das Gesetz anders gemeint habe, aber unter der Herrschaft der neuen Verfassungsgrundsätze habe sich eben die Rechtslage geändert. Demgemäß könne in einer Nachprüfung der Gerichte, ob die Verfügung der Verwaltung den gesetzlichen Bindungen entspricht, auch keine Verletzung des Grundsatzes der Gewaltenteilung,

wie sie das BVerwG. unter Hinweis auf Art. 20 Abs. II GG. behauptete, gesehen werden; denn Aufgabe der Verwaltungsgerichte sei es ja, im Streitfall die "Rechtsrichtigkeit" des Verwaltungsaktes nachzuprüfen.

Weiter sei es auch mit der Art der rechtsstaatlichen Organisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht zu vereinbaren, daß die beiden ausdrücklich gleichgestellten Parteien eines Anfechtungsstreites insofern unterschiedlich behandelt würden, als der einen zugestanden werde, einen gesetzlichen Tatbestand, sofern er einen unbestimmten Gesetzesbegriff enthalte, nach ihrem E. auszulegen und anzuwenden.

Schließlich dürfe auch nicht etwa aus der vom BVerwG. zur Begründung der Weitergeltung des § 9 Abs. I PBefG. aufgestellten These, daß ein Grundrecht gegenüber den "für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgütern" nicht geltend gemacht werden könne, auf den völligen Ausschluß des Rechts- bzw. Grundrechts-Anspruchs des Antragstellers gefolgert werden. Denn eine solche Anwendung der These beseitige das Grundrecht der freien Berufswahl völlig und müsse zur Folge haben, daß in künftigen Gesetzen die Berufszulassung den Behörden nach deren E. überlassen werden könne - dies aber würde eine "verwaltungsmaße Totaldisposition über Grundrechte" darstellen, die "der Grundlage der Verfassung, insbesondere ihrer Stellung zu den Grundrechten und deren Wesensgehalt, klar widerspräche.

Aus alledem ergibt sich nach Auffassung des Gerichtshofs, daß es sich bei der strittigen Frage um eine der verwaltungsrichterlichen Nachprüfung unterliegende Rechtsfrage handelt.

Der BayVGh. leitet also unter Verzicht auf "abstrakt-logische" und von der "Struktur" des Begriffs ausgehende Erwägungen seine Ansicht unter Berücksichtigung der Gegenmeinung aus der geltenden staatspolitischen Grundordnung ab - eine Methode der Begründung, wie sie nach Ansicht des Verfassers allein dem politischen Charakter des EProblems entspricht.

Zu den gegensätzlichen E r g e b n i s s e n Stellung zu nehmen, zu denen

das BVerwG. (34) und der BayVHG. in ihren Entscheidungen gelangt sind, ist nicht Aufgabe dieser Darstellung. Es darf aber doch die Ansicht geäußert werden, daß sich ein wertvoller Richtpunkt im Streit um das freie E. ergeben würde, wenn es darzulegen gelänge, daß die geltende politische Grundordnung einer echten Verkehrspolitik nicht im Wege steht, ja eine solche wohl sogar fordert. Dann könnte und müßte nämlich überall dort - es würde sich wohl um einige sehr wenige Bereiche handeln -, wo der Verwaltung das Recht zum Betreiben einer wirklichen P o l i t i k zuzugestehen ist, E. angenommen werden: der Richter kann keine "Politik" treiben, er kann "politische" Willensentscheidungen nicht auf deren Richtigkeit überprüfen. Hinsichtlich der gesamten übrigen Verwaltungstätigkeit aber könnten die rechtsstaatlichen Grundsätze zur vollen Geltung kommen (35).

-
- (34) In einem erst nach Fertigstellung dieser Arbeit veröffentlichten U. v. 11.1.56 (4/89 ff.) hat das BVerwG., wenn auch mit weniger scharfen Formulierungen, an seiner im U. v. 10.3.54 vertretenen Auffassung festgehalten. Das Gericht führt dort aus, daß, ebenso "wie sich der Bundesgesetzgeber im großen Rahmen um einen Ausgleich" der widerstreitenden Verkehrsbelange bemühe, "auch die örtlichen Verkehrsbehörden im engeren Rahmen die Befugnis haben, bei der Anwendung des Begriffs der 'Int. d. ö. V.' .. Erwägungen gemeiner verkehrswirtschaftlicher und -politischer Art zu berücksichtigen". Der Behörde müsse also "ein Raum für ihr E." bleiben (vgl. a. a. O., S. 92). Einen Versuch, diese Stellungnahme verfassungsrechtlich bzw. -politisch zu begründen, unternimmt das Gericht in diesem U. jedoch noch weniger als in der oben dargestellten Entsch. aus dem Jahre 1954.
- (35) Eine solche Lösung könnte nach Ansicht des Verfassers auch die immer wieder vorgebrachten Bedenken, daß eine starke Rechtskontrolle die Verwaltung ihrer Schlagkraft zu berauben drohe (vgl. etwa HAAS, MDR. 53/651 und NEBINGER, DÖV. 53/626 ff.), entkräften helfen. Dafür, daß diesen "durch sekundären Gedanken" (REUSS, StaatsZ., S. 20) ohnehin nicht zuviel Beweiskraft beigemessen werden dürfe, ruft REUSS (DÖV. 54/57) den aus der Verwaltung hervorgegangenen Präsidenten des ProVG. DREWS (1921-1937) als Kronzeugen auf. Drows hat im Zusammenhang mit der Forderung, das "Verwaltungsstandsrecht" (vgl. dazu unten Abschn. III A) der Zeit um 1920 abzuschaffen und die verwaltungsgerichtliche Generalklausel einzuführen, "den Einwand, daß die tatkräftige Initiative der Verwaltungsbehörden durch die nachfolgende Rechtskontrolle .. gelähmt werde, .. mit allem Nachdruck" zurückgewiesen (ZStaatsW. 1924/595).

Aus dem Schrifttum sind die Stellungnahmen BACHOFS (36) und ULES (37), die zwischen den vom BVerwG. und vom BayVGH. vertretenen konträren Ansichten gleichsam vermitteln, viel beachtet worden. Beide Autoren halten es für unzulässig, daß den Verwaltungsbehörden bei der Entscheidung über die "Int. d. ö. V." die Freiheit eines "Willensentschlusses" zugebilligt wird, beide möchten aber auch wieder nicht wie der BayVGH. nur eine Entscheidung als möglich und richtig gelten lassen. Es soll vielmehr der "Erfahrungsschluß" der Behörde dann als bindend für das Gericht angesehen werden, wenn dieser sich innerhalb eines gewissen "Beurteilungsspielraums" halte (38) bzw. "vertretbar" erscheine (39).

In den Begründungen Bachofs und Ules finden sich unter anderem auch eine Reihe von "logisch-begrifflichen" Argumenten (bei der Entscheidung der Behörde über die Frage der "Int. d. ö. V." handele es sich "in Wirklichkeit .. allein um einen Erkenntnisakt"; "gesetzestechisch" sei es "nicht möglich", die Behörde tatbestandsmäßig zu binden, ihr dann aber die Entscheidung über das Vorliegen des Tatbestands nach freiem E. zu übertragen; eine derartige Absicht dem Gesetzgeber zu unterstellen, sei ein "rechtslogischer Widerspruch"). Es darf hierzu auf die obige kritische Betrachtung der Reuß'schen Ausführungen in DÖV. 54/55 ff. verwiesen werden (40) - diese Argumente sind also nicht geeignet, die Ansichten Bachofs und Ules zu stützen.

Auf eine verfassungsrechtliche bzw. -politische Begründung ihrer Ansicht, den Behörden sei bei der Anwendung unbestimmter Begriffe eine gewisse Entscheidungsfreiheit zuzubilligen, verzichten beide Autoren. Im Gegenteil scheint sich mindestens Bachof dessen bewußt zu sein, daß die von ihm vertretene Forderung, einen "Beurteilungsspielraum" der Behörden - u. a. auch bei der Beurteilung der Frage der "Int. d. ö. V." - anzuerkennen,

(36) JZ. 55/97 ff., bes. 101

(37) Staatsz., S. 22 ff., DVBl. 55/257 f. u. Gedächtnisschrift Jellinek, S. 325

(38) Bachof, a. a. O., S. 100 f.

(39) Ule, DVBl. 55/258 u. StaatsZ., S. 26 f.

(40) In Anm. zur Darstellung des U. des OVG. Münster.

erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet. Er führt nämlich a. a. O., S. 100, aus, daß "der rechtsstaatliche Grundsatz möglichst weitgehender Durchformung der rechtssatzmäßigen Voraussetzungen des Verwaltungshandelns .. die Einräumung" eines Beurteilungsspielraums als Ausnahme erscheinen lasse, daß die Vermutung g e g e n einen solchen Spielraum spreche und daß "sein Bestehen .. einer besonderen und sorgfältigen Begründung" bedürfe (41).

(41) Andererseits will B. aber einen solchen Spielraum u. a. "von Fall zu Fall" auch beim Begriff der "Gefahr" einräumen, einem Begriff, dessen volle Nachprüfbarkeit das PrOVG. während der ganzen Zeit seines Bestehens - mit Recht bejaht hat!

Ü b e r b l i c k

Die eingangs angedeutete Tendenz zur Einschränkung des Bereichs der E Betätigung der Verwaltungsbehörden ist nicht erst eine Erscheinung der Nachkriegszeit, sondern läßt sich sehr deutlich bereits in den Jahren von etwa 1900 bis 1933 beobachten. BÜHLER spricht schon im Jahre 1914 von einem nicht zu verkennenden Wandel der in Theorie und Praxis über die unbestimmten Begriffe vertretenen Ansichten (1); weiter stellt etwa THOMA - um nur noch eine der bedeutendsten Stimmen zu nennen - gegen Ende der Weimarer Epoche fest, daß "die deutschen Verwaltungsgerichte mehr und mehr dazu neigen, überprüfbare 'Rechtsfragen', anzunehmen in Fällen, in denen sie noch vor zwei oder drei Jahrzehnten unüberprüfbare 'Zweckmäßigkeitsfragen' des freien E. angenommen hatten" (2).

So einhellig diese Entwicklung in der Behandlung des E Problems aber auch anerkannt wird, so wenig herrscht Klarheit über die G r ü n d e dieses Vorgangs. Im Schrifttum werden - ganz abgesehen davon, daß diese Frage überhaupt verhältnismäßig wenig Beachtung findet - recht unterschiedliche Ansichten darüber vertreten. So spricht BÜHLER in diesem Zusammenhang von einer "Befestigung der Idee der Verwaltungsgerichtsbarkeit" (3). HOFACKER dagegen glaubt, daß der WürttVGH., der von etwa 1920 ab das Verwaltungshandeln weit stärker als vorher überprüft hat, sich "durch die neuere Richtung und Bühler" habe "beeinflussen" lassen (4). SCHEUNER andererseits weist auf die ausdehnende Tendenz hin, die der Befugnis der Verwaltungsgerichte, einen Akt überhaupt in einem Punkt überprüfen zu dürfen, innewohne (5). FORSTHOFF schließlich spricht davon, daß die "Tendenz, die Wertbegriffe durch Auslegungsbegriffe zu ersetzen und damit das E. in enge Grenzen zu verweisen", ein natürliches Kennzeichen "jeder auf normative Ausgestaltung gerichteten Rechtsordnung" sei (6).

Alle diese Antworten auf die Frage nach den Gründen des "Vorgangs der 'Verrechtlichung' der ESphären" (7) können, soviel Wahrheit sie im einzelnen auch enthalten mögen, im ganzen keineswegs befriedigen. Sie nennen lediglich einzelne mehr oder wenige zutreffende Gründe für die Einschränkung des E. in T e i l - Bereichen. Sie vermögen aber nicht das G e s a m t - Phänomen der

(1) SubjR., S. 36

(2) HdbDStR., Bd. II, S. 234

(3) SubjR., S. 36 f.

(4) WürttZ. 1922/54

(5) Scheuner, S. 92

(6) Forsthoff, S. 81

(7) SCHÜLE, S. 345

immer engeren Begrenzung der EBetätigung durch Wissenschaft u n d Recht-
sprechung u n d Gesetzgebung auf dem Wege der Umwandlung von EBegriffen
in Rechtsbegriffe u n d durch den Ausbau der Lehre vom fehlerhaften E. hin-
reichend zu erklären. Es ist deshalb DÜRIG zuzustimmen, wenn er noch im Jah-
re 1949 feststellt, daß die Verwaltungsrechts-Wissenschaft "sich noch Rechen-
schaft dafür schuldig" sei, woher diese Entwicklung rühre(8).

Die Unzulänglichkeit der obenerwähnten und ähnlicher Erklärungen der fort-
schreitenden Einschränkung des Bereichs des Verwaltungse. beruht nach Ansicht
des Verfassers darauf, daß eine, und zwar die s t ä r k s t e der treibenden
Kräfte nicht gewürdigt worden ist. Es ist dies die durch das Vordringen der li-
beralen Rechtsstaatsidee und des demokratischen Gedankens gekennzeichnete
v e r f a s s u n g s p o l i t i s c h e E n t w i c k l u n g.

Das EProblem berührt das Verhältnis des einzelnen zum Staate und - besonders
heute, nach Herauslösung der Verwaltungsgerichtsbarkeit aus der Verwaltung -
auch das Verhältnis der einzelnen Gewaltenträger zueinander auf das innigste.
Die Einstellung von Theorie und Praxis zur EFrage steht deshalb, wie bereits frü-
her betont wurde, zwangsläufig in engem Zusammenhang mit der jeweiligen
staatspolitischen Grundordnung und ist ebenso zwangsläufig von den sich vorbe-
reitenden und vollziehenden Veränderungen dieser Grundordnung in hohem Grade
abhängig. Eine Erklärung der "Verrechtlichung der ESphären" muß also ohne Be-
rücksichtigung der verfassungspolitischen Entwicklung notwendig unzureichend
bleiben(9).

-
- (8) Die konstanten Voraussetzungen des Begriffes "Öffentliches Interesse", Diss.
München, 1949, Masch.-Schr., S. 121
- (9) Eine ähnliche, die Entwicklung des EProblems mit den verfassungspolitischen
Wandlungen in Zusammenhang bringende Ansicht hat der Verf. nur bei SCHÜ
feststellen können; Sch. meint (S. 341), daß "das Maß der Freiheit oder Ge-
bundenheit" der Verwaltungsbehörden "wesentlich durch Art und Gestalt der-
jenigen Ordnungen beeinflusst" werde, in die die Verwaltung gestellt sei; die-
se Ordnungen aber stünden "sämtlich in engem Zusammenhang mit der poli-
tischen Verfassung des Staates" und seien "beherrscht von deren Wertungen".
Der Verf. möchte dieser Äußerung jedoch keinen sehr großen Beweiswert für
die Richtigkeit seiner Ansichten beimessen, da es Sch. in jenem Artikel "Ve-
waltungse. und nat. -soz. Rechtsdenken" vor allem darauf ankam, darzulegen
"daß die EHandhabung heute vor allem auch politisch richtig sein muß", da-
m. a. W. "die Frage, ob im Einzelfall zulässiger Gebrauch oder unzulässiger
Mißbrauch" des E. vorliege, "sich nach den Rechtsanschauungen des Nat. -
Soz. . ." beurteile (a. a. O., S. 348)

Der Verfasser ist bei seinen Überlegungen, welche die Ansicht vom politischen Charakter des EProblems bestätigen sollten und auch bestätigt haben, von der Behandlung der EFrage in den Jahren nach 1945 ausgegangen. In dieser Zeit tritt der enge Zusammenhang zwischen Behandlung des EProblems und staatspolitischer Neuordnung bzw. vorangegangener verfassungspolitischer Entwicklung offen zutage: Die "ermessensfeindliche" Praxis der heutigen Verwaltungsgerichte beruht - dies bedarf wohl keines Beweises - im wesentlichen auf derselben "rechtsstaatlichen Entwicklung des Rechtsdenkens" (10), die weitgehend den Charakter des GG. bestimmt hat.

Es lag nun nahe, diese Entwicklung der jüngsten Vergangenheit mit derjenigen in der Zeit nach einem ähnlichen, wenn auch längst nicht so tiefen Einschnitt in der deutschen Verfassungsgeschichte, nämlich der Ablösung der konstitutionellen Monarchie durch die parlamentarische Demokratie in den Jahren 1918/19 zu vergleichen. Auch hier gab es in der neuen Ordnung ein starkes liberal-rechtsstaatliches Element, das sich zudem in der Verfassungswirklichkeit gegenüber anderen Tendenzen immer mehr durchsetzen konnte. Wenn also überhaupt irgendwann in der Zeit vom Beginn der modernen Verwaltungsrechtspflege in Deutschland bis zum Jahre 1933 ein Zusammenhang zwischen staatspolitischer Entwicklung und Behandlung des EProblems bestanden haben sollte, wenn also die Vorgänge der Zeit nach dem zweiten Weltkrieg nicht einmalig sein sollten, dann mußte ein derartiger Zusammenhang hier nachgewiesen werden können.

Die Untersuchung ergab dann auch, daß in den ersten Jahren der Weimarer Republik eine unverkennbare Änderung der ERechtsprechung des BayVGh. und des WürttVGh. in Richtung auf eine Einschränkung des Bereiches des Verwaltungse. stattgefunden hat. Weiter zeigte sich auch im Schrifttum, und zwar hauptsächlich in den kritischen Stimmen zur älteren ERechtsprechung des BayVGh., ein deutlicher Zusammenhang mit der staatspolitischen Neuordnung. Schließlich konnte der Einfluß rechtsstaatlicher Gedanken auch in der Verwaltungsgesetzgebung festgestellt werden.

Im Gegensatz zur Rechtsprechung des BayVGh. und des WürttVGh. zeigte jedoch die des ProVG. nach 1918 keine wesentliche Änderung. Der Grund dafür war, wie sich bei näherem Hinsehen ergab, darin zu suchen, daß die Praxis dieses Gerichts bereits früher auf allen seiner Jurisdiktion unterworfenen

(10) BECKER, VStRL., H. 14, S. 123

Gebieten den Bereich des unüberprüfbarⁿ VerwaltungsE. so weit eingeschränkt hatte, daß eine weitere erhebliche Einengung kaum mehr möglich erschien.

Der Verfasser war damit auf die Erscheinung gestoßen, daß die ERechtsprechung der drei genannten obersten Verwaltungsgerichte so verschiedenartig war, daß sie noch um 1920 eines einheitlichen Charakters völlig entbehrte. Diese Erkenntnis gab Anlaß, als nächstes die Behandlung des EProblems in den Anfängen der T ä t i g k e i t der drei Gerichte zu betrachten, um die in den einzelnen Ländern verschieden gearteten Ausgangspunkte für die - früher oder später - überall in der gleichen Richtung gelaufene Entwicklung festzustellen. Dabei ergab sich, daß die Praxis des P r e u ß i s c h e n OVG. in den ersten beiden Jahrzehnten nach dessen Errichtung von einer sehr weitgehenden Einschränkung des EBereichs gekennzeichnet war. Der W ü r t t e m b e r g i s c h e VGH. dagegen hat in jener Zeit seinen e i g e n e n Tätigkeitsbereich zugunsten des kontrollfreien Raumes der Verwaltungsbehörden äußerst eng begrenzt. Die Einstellung des B a y e r i s c h e n VGH. schließlich zeigte viel Ähnlichkeit mit der des obersten württ. Verwaltungsgerichts, kam ihr aber an Einseitigkeit und Einheitlichkeit doch keineswegs gleich. Bei der Untersuchung der Gründe für diese unterschiedliche Behandlung des EProblems in den Anfängen der modernen Verwaltungsgerichtsbarkeit zeigte es sich, daß auch hier ein enger Zusammenhang mit der verfassungspolitischen Entwicklung bestanden hat. Allerdings handelte es sich dabei weniger um die Entwicklung während der Jahre der Konstituierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, als vielmehr um das verfassungspolitische Geschehen der vorausgegangenen Jahrzehnte und Jahrhunderte, in denen sich in den einzelnen Ländern eine in vielem voneinander abweichende politische Struktur herausgebildet hatte.

Zunächst mußte es dabei allerdings befremden, daß gerade in dem alten Verfassungsstaat Württemberg die rechtsstaatlichen Grundsätzⁿentsprechende Einschränkung des EBereichs so wenig Anklang gefunden hat, während umgekehrt in Preußen der liberal-rechtsstaatlichen Forderung nach einer unabhängigen justizförmigen Kontrolle der Verwaltung so außerordentlich weitgehend entsprochen wurde - in Preußen, wo noch in den fünfziger Jahren nicht erfolglos versucht worden war, die liberalen Errungenschaften der eben erst eingeführten Verfassung wieder zu beseitigen! Dieser scheinbare Widerspruch ließ sich jedoch, wie zu zeigen sein wird, mühelos auflösen.

Nachdem sich so die Abhängigkeit der Behandlung des EProblems von der verfassungspolitischen Entwicklung in den Anfängen der Verwaltungsgerichtsbarkeit

wie auch in der Zeit nach der Umwälzung der Jahre 1918/19 gezeigt hatte, galt es festzustellen, ob auch in den dazwischen liegenden Jahrzehnten ein solcher Zusammenhang nachzuweisen sei.

Die allgemeine Tendenz, das VerwaltungsE. zugunsten der richterlichen Nachprüfung einzuschränken, beginnt sich in Rechtsprechung und Schrifttum etwa um 1900 abzuzeichnen und ist am stärksten in den Jahren vor dem ersten Weltkrieg zu erkennen (11). Um dieselbe Zeit aber sind auch nach den "matten Jahrzehnten" (12) seit etwa 1880 mit ihrer für den Liberalismus rückläufigen Bewegung und mit ihrer Abwendung des Bürgertums von aller Teilnahme am politischen Leben die Anfänge neuer politischer Regungen zu beobachten. Diese neuen politischen Strömungen trugen einmal demokratischen Charakter (13) und waren zum andern auf eine Stärkung des Willens insbesondere der liberalen Kräfte zur Übernahme politischer Macht und Verantwortung gerichtet (14). Im ganzen hatten sie, wenn man von den sozialen Intentionen eines Naumann und den sozialistischen Bestrebungen auch des revisionistischen Flügels der Sozialdemokratischen Partei absieht, die Überwindung des "Obrigkeitssystems" (15) durch die Schaffung einer neuen demokratischen Grundordnung liberal-rechtsstaatlicher Prägung zum Ziele.

Es lag nun nahe, jene von "unterirdischen, nicht recht faßbaren Kräften" (16) getragenen, in erster Linie im verwaltungsrechtlichen Schrifttum der Jahre um 1910 sich widerspiegelnden "ermessensfeindlichen" Bestrebungen mit diesen neuen politischen Strömungen in Verbindung zu bringen. Denn den freien Wirkungsbereich der Exekutive des konstitutionellen Staates einzuschränken, war nicht nur das Ziel der "sogenannten Rechtsstaatsbewegung in der Verwaltung" (17), sondern mußte vor allem auch ein Anliegen der "fortschrittlichen" politischen Kräfte jener Epoche sein. Wie stark sich die Verfechter einer politischen

-
- (11) vgl. die oben angeführte, um 1930 getroffene Feststellung THOMAS, daß in vielen nun als verwaltungsgerichtlich nachprüfbar angesehenen Fällen "noch vor zwei oder drei Jahrzehnten" unüberprüfbares E. angenommen worden sei.
- (12) HEUSS, "Die Deutsche Demokratische Partei", Volk und Reich der Deutschen, Bd. II, 1929, S. 108
- (13) HEFFTER, Selbstv., S. 773
- (14) vgl. die Ausführungen über das "Dt. Staatslexikon", dessen Herausgabe von NAUMANN geplant war, unten Abschn. II A.
- (15) PREUSS, Das deutsche Volk und die Politik, 1915 überall, bes. S. 183 ff
- (16) HOFACKER, Staatsverw., S. 257
- (17) MERKL, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 146

Neuordnung bei ihrem Kampf gegen den "Obrigkeitsstaat" (18); auch von rechtsstaatlichen Gedankengängen haben leiten lassen – ergibt sich wohl am deutlichsten daraus, daß zwei der bedeutendsten Träger der liberalen und demokratischen Opposition jener Jahre, FRIEDRICH NAUMANN und HUGO PREUSS, später die Weimarer Reichsverfassung zu einem "Wahrzeichen des Rechtsstaates" (19) ausgestaltet haben.

Die Untersuchung ergab denn auch, daß sich jene "Rechtsstaatsbewegung" gar nicht anders als damit erklären läßt, daß man deren Träger mit den neuen politischen Strömungen der Zeit vor dem ersten Weltkrieg in Verbindung bringt. Der "Kampf gegen das freie E." ist nach Ansicht des Verfassers zu Beginn des 20. Jahrhunderts auf dem Hintergrund der politischen, auf die Überwindung des Obrigkeitsstaates gerichteten Bestrebungen geführt worden, ebenso wie sich ein halbes Jahrhundert vorher die Auseinandersetzungen um die Errichtung unabhängiger Verwaltungsgerichte auf dem Hintergrund des Kampfes zwischen den konstitutionellen Regierungen und den starken oppositionellen Kräften der Parlamente abgespielt hatten.

Nötig erscheint es noch, auf den möglichen Einwand einzugehen, daß doch der national-sozialistische Staat nicht, wie bei der vom Verfasser angenommenen Abhängigkeit der Behandlung des EProblems von der politischen Entwicklung hätte erwartet werden sollen, die richterliche Kontrolle der Exekutive alsbald weitgehend ausgeschaltet habe.

Die Zurückhaltung des damaligen Regimes auf dem Gebiet der Verwaltungsgerichtsbarkeit und damit des freien E. (20) läßt sich ohne Schwierigkeit so erklären: Dem Nationalsozialismus kam es letztlich auf etwas ganz anderes als auf

(18) RADBRUCH, Einführung in die Rechtswiss., 9. Aufl., 1952, S. 71.

(19) W. JELLINEK, VStRL., H. 2, S. 79.

(20) Ansätze zu einer Zurückdrängung der Verwaltungsgerichtsbarkeit waren allerdings vorhanden; vgl. z. B. die Beseitigung der Kontrolle von staatsaufsichtlichen Eingriffen in Selbstverwaltungsangelegenheiten durch die Dr. Gemeindeordnung v. 30. 1. 35 (RGBI. I/49 ff.).

die Befreiung der Verwaltung von der gerichtlichen Kontrolle an; das eigentliche Ziel der Partei- und Staatsführung war nämlich, s o w o h l die Verwaltung a l s a u c h die Verwaltungsgerichtsbarkeit mit dem nationalsozialistischen Gedankengut zu durchdringen - das Programm der Partei stand im Vordergrund, die politische Exekutive und die Gerichtsbarkeit dagegen gleichsam gemeinsam im Hintergrund (21). - Dies ist auch der Hauptgrund dafür, daß der Verfasser die Untersuchung mit dem Jahre 1933 abgeschlossen hat.

Die nun anschließende Darstellung der Ergebnisse der Untersuchung folgt dem h i s t o r i s c h e n A b l a u f. Es wird jeweils zunächst die verfassungspolitische Entwicklung eines bestimmten Zeitabschnitts aufgezeigt; im Anschluß daran wird geschildert, welchen Einfluß diese Entwicklung auf die Behandlung des Problems ausgeübt hat.

(21) vgl. SCHÜLE, S. 345

A b s c h n i t t I

A

1. Das P r e u ß i s c h e Oberverwaltungsgericht hat vom Beginn seiner Tätigkeit an dem EProblem gegenüber eine Haltung gezeigt, die der starken Einschränkung des Bereichs des VerwaltungsE. durch die heutigen Verwaltungsgerichte stark ähnelt. Insbesondere hat das PrOVG. bereits in den ersten Jahrzehnten nach seiner Errichtung das Handeln der P o l i z e i so weit unter Kontrolle genommen, daß BÜHLER - im Vergleich zur Einstellung der übrigen obersten deutschen Verwaltungsgerichte - von einem "sehr energischen Vorgehen, um nicht zu sagen Draufgehen" (1) in der EFrage sprechen konnte.

Diese Haltung des PrOVG. zur Frage der Abgrenzung des kontrollierbaren und des einer Kontrolle nicht unterworfenen Bereichs der Verwaltungstätigkeit findet ihre Erklärung vor allem in den Erfahrungen, die in Preußen in der sogenannten Reaktionszeit der Jahre von 1850 bis 1858 gemacht worden waren; die Verwaltung war in die politischen Machtkämpfe hineingezogen und die überaus starke Stellung des Beamtentums im Streit der Parteien mißbraucht worden.

Die Bedeutung dieser Ereignisse der Reaktionszeit für die Rechtsprechung des PrOVG. und damit die hier zutage tretende enge Verknüpfung von verfassungspolitischer Entwicklung und Behandlung des EProblems läßt sich jedoch nur dann klar erkennen, wenn jene Geschehnisse der fünfziger Jahre im Zusammenhang mit der politischen Gestaltung des preußischen Staates seit der nachfriderizianischen Zeit betrachtet werden. Besondere Beachtung zu schenken ist dabei der Veränderung der Stellung des Beamtentums und den Wandlungen des Rechtsschutzes gegenüber der öffentlichen Gewalt, die in diesem Dreiviertel-Jahrhundert vor sich gegangen sind.

Im 18. Jahrhundert war in Preußen auf den Gebieten der Justiz und der Verwaltung eine Reihe von einschneidenden Reformen durchgeführt worden (2). Im Zuge

(1) SubjR., S. 413

(2) Vgl. E. LOENING, VA., II/257 ff. u. 437 ff.; FORSTHOFF, S. 26 f.

dieser Reformen, die sich an die Namen Cocceji, v. Cramer und Svarez knüpfen, war das Justizwesen einheitlich organisiert und war den ordentlichen Gerichten eine Anzahl früher entzogener Zuständigkeiten zurückgegeben worden. Sodann waren für diejenigen öffentlich-rechtlichen, fiskalischen und Strafsachen, die der Gerichtsbarkeit der Verwaltungsbehörden weiterhin unterlagen, in den "Justizdeputationen" gerichtsähnliche, der Aufsicht des Justizministers unterstehende Institutionen geschaffen worden. Einen Höhepunkt hatte diese Entwicklung, die auf die Schaffung eines leistungsfähigen Gerichtswesens und eines starken Rechtsschutzes gegenüber der öffentlichen Gewalt gerichtet war, schließlich im "Reglement wegen Vertheilung der Geschäfte zwischen den Neu-Ostpreußischen Landes-Collegiis" vom 3. 3. 1797 (3) erreicht. Dieses Reglement hatte in der Provinz Neu-Ostpreußen die gesamte Gerichtsbarkeit der Kammern den ordentlichen Gerichten übertragen und hatte auch gegen alle anderen Verwaltungsakte grundsätzlich den Rechtsweg zugelassen (4) (5).

So war gegen Ende des 18. Jahrhunderts im absolutistischen Preußen unter dem Einfluß, den die Gedanken der Aufklärung auf Königshaus und hohes Beamtentum ausgeübt hatten (6), "viel mehr geschehen zum Schutz der Person und des Eigentums, wie in den meisten constitutionellen Verwaltungssystemen" (7). Ja, es

-
- (3) Dieses Reglement (Novum Corpus Const., X/949 ff.) wurde in der Folgezeit noch in einigen weiteren Landesteilen eingeführt, und STEIN setzte sich für dessen Ausdehnung auf ganz Preußen ein (LOENING, VA. II/471); über den Streit um die richtige Datierung des Regl. vgl. E. LOENING, a. a. O., S. 443, Anm. 11 und FORSTHOFF, S. 27.
- (4) § 1 Ziff. 1 u. §§ 8, u. 9. - Nach E. LOENING, VA. II/444 f. mit 462 ff. konnte hiernach die Klage gegen eine PolVerf. darauf gestützt werden, daß der betr. Eingriff in die bürgerliche Freiheit oder den freien Gebrauch des Eigentums rechtswidrig sei, weil er auf "keinem vorhandenen Polizeigesetz" beruhe.
- (5) Allerdings beschränkte sich die Zulässigkeit des Rechtswegs auf Verfügungen der Kammern (der späteren Regierungen); zur Ausdehnung auf Verfügungen der unteren Verwaltungsinstanzen ist es nicht mehr gekommen.
- (6) vgl. etwa SVAREZ in seinem dem Kronprinzen Friedr. Wilh. I. J. 1791 gehaltenen Vortrag "Über das Recht der Polizei" (mitgeteilt von ROSIN in der Zeitschr. für Literatur und Geschichte der Staatswiss., 1895, S. 374); "Da es nun der erste Grundsatz des öffentlichen Staatsrechts ist, daß der Staat die Freiheit des Einzelnen nur soweit einzuschränken berechtigt sei, als es notwendig ist, damit die Freiheit und Sicherheit Aller bestehen könne . . .", so erfordern "Polizey-Gesetze also eine verdoppelte Behutsamkeit von Seiten des Gesetzgebers damit er nicht verleitet werde, der Freiheit seiner Bürger unnütze Fesseln anzulegen. . .".
- (7) GNEIST, RS., S. 124.

sprachen damals mancherlei Anzeichen dafür daß die staatliche Grundordnung Preußens sich allmählich in Richtung auf eine rechtsstaatliche Verfassung im modernen Sinne umwandeln würde.

Aber die Träger der Aufklärungsideen konnten sich dann im ganzen doch nicht durchsetzen. Zunächst taten die Ereignisse der französischen Revolution ihren Bestrebungen starken Abbruch. Weiter mangelte es ihnen aber vielfach wohl überhaupt an der klaren Erkenntnis der politischen und staatsrechtlichen Tragweite der Gedanken der Aufklärung und damit auch an der Fähigkeit, zielbewusst auf eine Umgestaltung der staatlichen Grundordnung hinzuwirken (8).

Schließlich erlitten die fortschrittlichen Strömungen noch einen erheblichen Rückschlag durch den Zusammenbruch Preußens im Jahre 1806. Die politischen Ereignisse dieser Zeit drängten die Ideen der Aufklärung mit ihrer Betonung der staatsbürgerlichen Freiheiten in den Hintergrund (9) - die Not des Vaterlandes ließ eine Stärkung des Staates und des Regimes, die dieses Vaterland verkörpert, notwendig erscheinen. Vielleicht mag WOLZENDORFF mit seiner Formulierung "die neue Generation" habe "darüber... ganz die Errungenschaften ihrer Väter gegenüber diesem Staat" vergessen (10), etwas zu weit gehen. Nicht zu übersehen ist jedoch, daß auf dem Gebiet des öffentlichen Rechtsschutzes das Ziel eine starke unabhängige Kontrolle der Verwaltung zu schaffen, nicht mehr mit derselben Energie wie vorher verfolgt wurde. Durch die "Verordnung wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-, Polizei- und Finanz-Behörden" vom 26. 12. 1808 (11) wurde zwar die gesamte Gerichtsbarkeit der Kammern in ganz Preußen den ordentlichen Gerichten übertragen und damit eine nicht unbedeutende rechtsstaatliche Kontrolle der Verwaltung garantiert: entgegen der Regelung des oben erwähnten Reglements von 1797 aber ließ die genannte VO. die Anfechtung von Polizeiverfügungen nur unter ganz bestimmten eng begrenzten Voraussetzungen zu (12). Es wurde also der durch jenes Reglement "in vollem Umfang gewährte" Rechtsschutz "gerade an der wichtigsten Stelle abgeschwächt

(8) vgl. WOLZENDORFF, Polizeigedanke, S. 81-86; insbesondere S. 83 wo W. von "dem im Wesen der Aufklärung liegenden politischen Dilettantismus" spricht.

(9) In bezug auf den Polizeibegriff vgl. WOLZENDORFF, Polizeigedanke S. 93 und DREWS, PolR., S. 3 f.

(10) Die Entwicklung des Polizeibegriffs im 19. Jh., 1906, S. 38.

(11) PrGS, 1806-1810/464 ff.

(12) vgl. E. LOENING, VA. II/462 ff.

und durchbrochen" (13). Weiter gelang es auch nicht, die beabsichtigte Abgrenzung der Zuständigkeiten der unteren Verwaltungs- und Justizbehörden durchzuführen, d. h., die durch die erwähnte VO. getroffene Regelung der Zulässigkeit des Rechtswegs gegen Verwaltungsakte blieb auf die Verfügungen der "Regierungen" beschränkt.

In dem Jahrzehnt, das auf den Erlaß der Verordnung von 1808 folgte, erhielt die Exekutive dann einen außerordentlichen Machtzuwachs. Die Vorbereitung der Befreiung von der französischen Herrschaft, die Durchführung der liberalen Reformen (14) (15) und später die Aufgaben der Beseitigung der Kriegsfolgen und der Eingliederung der neuen Gebietsteile ließen einen schlagkräftigen Verwaltungsapparat nötig erscheinen. Das die Verwaltung tragende hohe Beamtentum gewann dabei in solchem Maße an Einfluß, daß es bald zu "einer Art regierenden Klasse neben der Krone" (16) wurde und - mit Hardenberg an der Spitze - weitgehend den Gang der preußischen Politik bestimmte. Es war daher wohl nicht verwunderlich, daß in dieser Zeit allmählich "der Geist der Bürokratie die Oberhand gewann" (17) und daß die Verwaltung erfolgreich bemüht war, die von den ordentlichen Gerichten auf Grund der VO. von 1808 ausgeübte Kontrolle durch Schaffung von Ausnahmebestimmungen einzuschränken (18).

Durch den Tod Hardenbergs und die neuständische Gesetzgebung der zwanziger Jahre wurde die politische Führerrolle des Beamtentums allerdings bald wieder

(13) E. LOENING, VA. II 171 - vgl. allerdings auch HINTZE, "Preußens Entwicklung zum Rechtsstaat". Forsch. zur Brandenburg. u. Preuß. Geschichte, Bd. 32, 1920, S. 441; H. führt diese Einschränkung des öffentlichen Rechtsschutzes auf die Schwierigkeiten zurück, die sich aus der "vorwiegend zivilistischen Schulung der Richter" und dem "Mangel einer ausreichenden .. Kodifizierung des Verwaltungsrechts" ergeben hätten; aber er weist andererseits auch darauf hin, daß damit die neuerliche Entwicklung zum "Polizeistaat" begonnen habe.

(14) vgl. BORNHAK, Gesch. Bd. III, S. 7 f und 10.

(15) Dazu daß sich im Zusammenhang mit diesen Reformen der Polizeigedanke nicht "wieder den Idealen der Aufklärungszeit zugewandt hat", vgl. WOLZENDORFF, Polizeigedanke, S. 94 ff.

(16) HEFFTER, Selbstv., S. 86

(17) E. LOENING, VA. III/100

(18) vgl. E. LOENING, VA. III/94 ff.

erschüttert (19). Dies bedeutete aber keinen Hinderungsgrund für die Bürokratie auch in den folgenden Jahrzehnten den Verwaltungsapparat auszubauen und die Betreuung von der richterlichen Kontrolle weiter zu betreiben. Das sich durch hervorragende Leistungen auszeichnende Beamtentum jener Zeit "empfand es als Beeinträchtigung seines Selbstbewußtseins und als eine unzulässige Beschränkung seiner Macht" (20), daß immer noch viele Verwaltungsakte durch die ordentlichen Gerichte auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden konnten. Weiter wirkte auch die aus Frankreich herübergedrungene Lehre von der Gewaltenteilung in Richtung auf eine Beschränkung der Zuständigkeit der Gerichte auf die Entscheidung über Zivil- und Strafsachen (21). So wurde denn die "Verwaltungsrechtspflege" der Gerichte nach und nach immer mehr eingeschränkt, bis schließlich das Gesetz vom 11. 5. 1842 (22) die rechtsstaatliche Kontrolle der Verwaltung so weit beseitigte, daß die "Garantien für die Herrschaft der Gesetze auf dem Gebiete der Verwaltung . . . nicht mehr in prozessualen Formen und in der Selbständigkeit der Gerichte", sondern nur noch "in der Ehrenhaftigkeit und Unparteilichkeit des Beamtentums" lagen (23).

Diese Rückentwicklung des Schutzes gegen Übergriffe der öffentlichen Gewalt blieb für die Bevölkerung weitgehend unbeachtet. Und war in der ganzen Zeit nach 1815 die Beschäftigung mit politischen Dingen gefährlich und wurde deshalb gemieden, zum andern aber galt das Beamtentum als außerordentlich pflichttreu und sauber. Es hat wohl in diesem "klassischen Zeitalter der preußischen Bürokratie" (24) von seiner Macht auch kaum parteispezifischen Gebrauch gemacht (25).

Um die Mitte des 19. Jahrhunderts traten aber nun Ereignisse ein, die die in der geschilderten Entwicklung liegenden Gefahren mit einem Schlag offenbarten. Die Spannungen, die sich aus der inneren Struktur Preußens ergeben hatten, führten über Revolution und Verfassungsgebung zu politischen Auseinandersetzungen, die als Zeit der Reaktion (26) in die preußische Geschichte eingegangen sind. Regierung und konservative Partei betrachteten es als ihre Aufgabe, mit allen Mitteln die Hegemonie der feudalen Kräfte wiederherzustellen und das liberale

(19) vgl. BORNHAK, *Gesch.*, Bd. III, S. 10 ff.

(20) E. LOENING, *VA.* III/101

(21) vgl. E. LOENING, *VA.* III/99

(22) *PrGS.* 192 ff

(23) E. LOENING, *VA.* III/129

(24) HEFFTER, *Selbstv.*, S. 210

(25) vgl. GNEIST, *RSt.*, S. 156 f

(26) 1850-1858

Bürgertum von der Mitherrschaft im Staate möglichst auszuschließen (27). Dabei bedienten sie sich - und hier traten nun die Gefahren der oben aufgezeigten Entwicklung zutage - auch des mächtigen Beamtenapparates, der kaum mehr einer unabhängigen Kontrolle unterlag. Das Beamtentum, wenngleich zu einem guten Teil liberal gesinnt, zeigte sich in seiner dienstlichen Haltung der konservativen Staatsführung ganz überwiegend treu ergeben (28). Es folgte den Weisungen der reaktionären Regierung und half deren Absichten verwirklichen. So wurden die Errungenschaften der Revolution bald nicht nur auf dem Wege gesetzlicher Maßnahmen, sondern weitgehend auch "durch bloße Verwaltungspraxis" (29) unwirksam gemacht. Nach LASKER "empfahl sich der Verwaltungsweg als bequemes Mittel, die strengen Grundsätze der Verfassung aus dem Leben zu verdrängen" (30).

Begünstigt wurde diese Entwicklung einer Verwaltung mit "stark ausgeprägtem parteipolitischen Charakter" (31) durch die bereits in den Jahren 1808-1810 erfolgte Beseitigung des Kollegialsystems in den Zentralstellen der Verwaltung (32). Weiter wurde das Beamtentum jetzt noch stärker als bisher von der ohnehin sehr geringen Kontrolle durch die Justiz befreit (33) und gleichzeitig durch die Einführung des "politischen Beamten" in bedeutendem Umfang von der Regierung abhängig gemacht (34).

Es entfaltete sich auf diese Weise eine "Parteiverwaltung", die die "Grundsätze des Rechtsstaates in einer bisher unerhörten Weise" verletzte (35). Die dabei zutage tretenden Zustände sind von KLEIN-HATTINGEN in seiner "Geschichte des deutschen Liberalismus" plastisch geschildert worden (36). Noch überzeugender aber hat sie wohl LASKER dargestellt: "Neun Jahre hindurch wußte eine Partei das Gesetz bald zu beugen, bald zu dehnen. Die Willkür wuchs, und am

(27) vgl. HARTUNG, VerfG., S. 265 f.

(28) vgl. HARTUNG, Zur Geschichte des Beamtentums im 19. und 20. Jhr.; Abh. der Dt. Akademie der Wiss., Berlin, 1945/46, Phil.-hist. Klasse, Nr. 8, Teil III; S. 27-29.

(29) KLEIN-HATT., Gesch., Bd. I, S. 206.

(30) VerfG., S. 14.

(31) HARTUNG, Zur Geschichte des . . . , S. 28.

(32) vgl. GNEIST, RSt., S. 215.

(33) vgl. besonders das "Ges. betr. die Konflikte bei gerichtlichen Verfolgungen" v. 13. 2. 1854 (PrGS., 86 ff.), von dem selbst v. GERLACH, der Führer der konservativen Partei, zugeben mußte, daß darin "noch ein Stück Bejägerungsstand zu erkennen" sei (Verh. der Zweiten Kammer, zit. bei E. LOENING, VA., III/527).

(34) Ges. v. 21. 7. 1852 (PrGS., 465 ff.).

(35) GNEIST, RSt., S. 30.

(36) Bd. I, S. 206 f.

üppigsten gedieh sie ... in der Hand der Polizei. Die jährlich zu erneuernde Konzession von Gast- und Schankhäusern setzte durch das ganze Land eine nach Tausenden zu zählende Schar wohlhabender ... Bürger in Abhängigkeit von dem guten Willen der Ortsobrigkeit oder der Landräte. Andere Konzessionsentziehungen machten die Gewerbe unsicher und die Gewerbetreibenden unterwürfig. Die Drohungen gegen den Buchhändler und den Buchdrucker und einige abschreckende Beispiele hielten der Pressefreiheit die Wage ... Wer in eine größere Stadt ziehen wollte, in dessen politischer Gesinnung wurde sorgfältig geforscht ... Der eine wurde durch Paßverweigerung zu Hause gehalten, der andere wurde zwangsweise entfernt" (37).

Es war nur zu natürlich, daß diese Zustände in den liberal gesinnten Kreisen und teilweise selbst in den der Regierung nahestehenden Schichten der Bevölkerung (38) die Forderung nach einer wirksamen Kontrolle der Verwaltung immer lauter werden ließen. Weiter läßt sich auch klar erkennen, daß die von LASKER beklagte "Willkür" entscheidenden Einfluß auf die Anschauungen RUDOLF VON GNEISTS des "geistigen Schöpfers" (39) der preußischen Verwaltungsgerichtsbarkeit ausübte. Ja, nach BÜHLER lagen in den Ereignissen der fünfziger Jahre geradezu die "Antreiber" für die gesetzgeberischen Vorschläge Gneists. Dieser hat, so drückt es Bühler aus, die "Verwaltungsgerichtsbarkeit als ein sehr wichtiges Mittel" in seinem "Kampf gegen das, was man Reaktion nannte", angesehen (40, 41).

(37) VerfG, S. 200 f.

(38) vgl. LASKER, VerfG, S. 202

(39) BÜHLER, SubR., S. 165

(40) BÜHLER, Rechtsschutz, S. 4

(41) Die politischen Hintergründe der Anschauungen Gneists lassen es allerdings geraten erscheinen, dessen Äußerungen als vielleicht hier und da etwas agitatorisch zugespitzt anzusehen. Dasselbe dürfte auch für Lasker gelten, der von 1865 bis 1883 als liberaler Parlamentarier tätig war. An der grundsätzlichen Berechtigung der von beiden geübten Kritik ändert dies aber nichts. ANSCHÜTZ bestreitet allerdings (VerwR, S. 388), daß die - im übrigen auch von ihm zugegebenen - "willkürlichen Ausweisungen, Konzessions-Entziehungen und sonstigen Polizeischikanen jener Epoche" partei-mäßige Handlungen gewesen seien; es habe sich vielmehr einfach um ein verstärktes Wiederaufleben des alten Polizeistaats gehandelt. - Im Grunde bestätigt Anschütz hiermit jedoch nur die Behauptung Gneists und Laskers; denn die preußische Verwaltung, die nach Anschütz noch "zu keiner Zeit ... so andauernd und ungescheut nach dem Grundsatz: erlaubt ist, was mir gefällt" hatte handeln dürfen wie in den Jahren 1850 bis 1858 - diese preußische Verwaltung unterlag doch eben dem maßgebenden Einfluß der konservativen Partei, deren Politik damals ganz unstreitig darauf gerichtet war, die liberalen Errungenschaften der Revolution möglichst weitgehend wieder gegenstandslos und deren

(Forts. Fußnote (41) s. S. 44)

In seinem "Rechtsstaat" sagt Gneist über den Bereich der nach seinen Intentionen von den Verwaltungsgerichten zu kontrollierenden Behördentätigkeit zusammenfassend: Zwischen den Gebieten des Handelns nach eindeutigen Gesetzen und dem Handeln nach freiem Ermessen liege "ein drittes Gebiet einer Behördentätigkeit", an dem "durch parteiische Maßbestimmung (iniquitas)" der "Sinn der Verwaltungsgesetze dem Einen zu Lieb dem Andern zu Leid verkehrt" werde. Gerade "in diesem mittleren Gebiet" müsse der "Schwerpunkt der Verwaltungsjurisdiction" gesucht werden, da "der Unfug einer Parteiverwaltung seinen Schwerpunkt" in der "parteiischen Maßbestimmung in Erteilung oder Versagung der zahlreichen Gewerbskonzessionen, der obrigkeitlichen Consense, in parteimäßiger Handhabung der Ordnungspolizei . . ." habe (42).

Diese Lehren Gneists haben später ihren Niederschlag in den Zuständigkeitsbestimmungen für die preußische Verwaltungsgerichtsbarkeit (43) gefunden; und in der Folgezeit hat dann auch die Rechtsprechung des PrOVG., dem Gneist ja selbst als Richter angehört hat, unter dem entscheidenden Einfluß dieser Gedankengänge und der ihnen zugrunde liegenden Erfahrungen gestanden.

Bevor die Einstellung des PrOVG. zum EProblem in der Zeit bis etwa 1900 an einer Anzahl von Beispielen aufgezeigt wird, sei im folgenden noch kurz dargestellt, wieso zwischen den Geschehnissen der Reaktionszeit und der Einrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit noch ein Zeitraum von mehr als zehn Jahren liegen konnte.

(41) Forts. der Fußnote von S. 43: "Verfechter mundtot zu machen. Im übrigen ist Anschütz' Kritik wohl auch weniger gegen die Darstellung der Reaktionszeit als einer Zeit parteimäßiger Verwaltung als vielmehr gegen den etwa aus jenen Ereignissen zu ziehenden Schluß gerichtet, daß der Konstitutionalismus "die Gefahr parteimäßiger Handhabung der Regierungsrechte selbst in einem Staat wie Preußen" nahelege (vgl. VerwR., S. 388 unten).

(42) RSt., S. 272 f.

(43) Über deren Entstehung und Entwicklung vgl. BÜHLER, SubjR., S. 264 ff.

Um 1860 herrschte in den liberalen Kreisen und auch bei einem großen Teil der Anhänger der konservativen Partei (44) völlige Einigkeit darüber, daß Kontrolleinrichtungen für die Tätigkeit der Verwaltung geschaffen werden müßten. Aber soweit man sich auch über das Ziel einig war, der Weg zu diesem blieb einstweilen unklar. Vielfach war man der Meinung, daß eine wirksame Überwachung der Verwaltungstätigkeit nur durch die ordentlichen Gerichte stattfinden könne. Aber auch die Gegenansicht, daß nämlich eine justizförmige Kontrolle *i n n e r h a l b* der Verwaltungsorganisation vorzuziehen sei, wurde mit guten Gründen vertreten. Die Zeit der "Neuen Ära" (45) brachte dementsprechend nur sehr bescheidene Ergebnisse auf dem Gebiet der Verwaltungskontrolle (46) - zumal man in dieser Periode "abermals mit dem Gemüt politisierte" (47).

Weitere Hindernisse für die baldige Schaffung einer unabhängigen Kontrolle der Verwaltung waren der Heereskonflikt und in der Folgezeit die außenpolitischen Ereignisse. Erst unter der Wirkung des "Schwunges der Geister, welchen die Aufrichtung des nationalen Reiches gegeben hat" (48), und unter dem Einfluß, den die starke Stellung der Liberalen im Reich auch auf Preußen ausübte (49), gelang es, eine Einigung über die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu erzielen.

Im Jahre 1872 erklärte dann LASKER, daß er diejenigen Bestimmungen, in denen die Anrufung richterlichen Gehörs über jede Polizeiverfügung ermöglicht werde, "fortan für die magna charta des preußischen Volkes" halte; denn "die Polizeiwillkür" scheine ihm "gerade der Stoff zu sein, der vergiftend sich ausbreitete über alle Verhältnisse des heutigen Staatslebens" (50). Und schon ein Jahrzehnt später meinte GNEIST, daß "im wunderbaren Kontrast mit den Zuständen von 1850

(44) Die Konservativen fürchteten wohl, daß eine energische liberale Regierung den Verwaltungsapparat eines Tages für ihre Partezwecke einsetzen könnte; vgl. BORNHAK, Gesch., Bd. III, S. 297.

(45) von 1858 bis zum Heereskonflikt (1862)

(46) vgl. LASKER, VerfG., S. 204 ff.

(47) KLEIN-H., Gesch., Bd. I, S. 221

(48) LASKER, bei der 1. Beratung über den Entwurf einer Kreisordnung am 20. 11. 1872 (Stenogr. Berichte AbgH. 1872/73, Bd. I, S. 36)

(49) HARTUNG (VerfG., S. 299) spricht von einer "neuen liberalen Ära in Preußen"

(50) L. bei der 1. Beratung über den Entwurf einer KreisO., a. a. O., S. 34

bis 1858 „ sich das Vertrauen auf die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung wiederhergestellt" habe, "so schwer es dem deutschen Publikum" auch werde, "an eine solche zu glauben" (51).

2. Das weite Gebiet, auf dem die Rechtsprechung des PrOVG. das freie E. der Verwaltungsbehörden in großem Umfang eingeschränkt hat, ist, wie bereits früher vermerkt, das des P o l i z e i r e c h t s (52).

Während nämlich die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte in Preußen im allgemeinen nach dem System der Einzelaufzählung geregelt war (53), gab es für die Anfechtung polizeilicher Verfügungen in § 127 Landesverwaltungsgesetz v. 30. 7. 1883 (54) eine Generalklausel (55). Diese Vorschrift hat dem PrOVG. die Mög-

(51) Das Englische Verwaltungsrecht der Gegenwart, Bd. I, 3. Aufl., 1883, S. 420.

(52) BÜHLER spricht (SubjR., S. 514) vom "Drang" des PrOVG., die "Kontrolle namentlich über die Polizei möglichst wirksam auszugestalten".

(53) vgl. JELLINEK, VR., S. 313. Zu einer eigentlichen "ERechtsprechung" konnte es hier kaum kommen, da ja einerseits die Zuständigkeiten genau vorgeschrieben waren und zum anderen eine Ausnahme-Vorschrift nach Art des Artikels 13 Abs. I Ziff. 3 bayVGG. ("Die Zuständigkeit des VGH. erstreckt sich nicht auf Angelegenheiten und Fragen, in welchen die Verw.-Behörden nach ihrem E. zu verfügen berechtigt sind") fehlte; möglich waren hier nur Meinungsverschiedenheiten von theoretischer Bedeutung in der Richtung, ob die dem PrOVG. bzw. seinen Vorinstanzen jeweils zur Entscheidung übertragenen Fragen Rechts- oder EFragen seien (vgl. etwa BÜHLER, SubjR., S. 277 ff.) Eine Ausnahme galt nur für die Fälle, in denen das OVG. als Revisionsinstanz zu entscheiden hatte; in der für eine Klärung des EProblems interessantesten dieser Angelegenheiten, der Erteilung der Erlaubnis zum Betriebe einer Gastwirtschaft, ist das OVG. jedoch nur bis zum Inkrafttreten des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. 8. 1883 zuständig gewesen.

(54) PrGS. 195 ff.; über die Vorgänger dieser Bestimmung vgl. BÜHLER, SubjR., S. 291 ff.

(55) § 127 Abs. III LVG.: "Die Klage (gegen PolVerf., der Verf.) kann nur darauf gestützt werden: 1. daß der angefochtene Bescheid durch Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung des bestehenden Rechts, insbesondere auch der von den Behörden innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenen Verordnungen den Kläger in seinen Rechten verletze; 2. daß die tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorhanden seien, welche die Polizeibehörde zum Erlasse der Verfügung berechtigt haben würden". - Das PrOVG. war hinsichtlich der PolVerf., also zur Überprüfung von Rechts- und Tatfragen, nicht aber von EFragen berechtigt (JELLINEK, VR. S. 311); über die anfangs hier aufgetretenen Zweifel vgl. JELLINEK, Ges., S. 117, Anm. 28 und BÜHLER, SubjR., S. 307 ff.

lichkeit zur Entwicklung seiner modernen Polizei-Rechtsprechung gegeben, deren Endergebnis dann die Schaffung eines überall in Deutschland geltenden Allgemeinen Polizeirechts gewesen ist (56).

Ein Begriff des Polizeirechts, dessen Inhalt zu bestimmen das PrOVG, auf Grund des § 127 Abs. III LVG, vom Beginn seiner Tätigkeit an für sich in Anspruch genommen hat, ist der der "Ö f f e n t l i c h e n O r d n u n g" (57). Allerdings hat das Gericht in seiner älteren Rechtsprechung nirgends abstrakt festgelegt, was es unter der "Erhaltung der öffentlichen Ordnung" verstanden wissen wollte; aber es hat einmal diesen Begriff dem der "Wohlfahrtspflege" gegenübergestellt und hat zum andern jeweils im Einzelfall darüber entschieden, ob das infrage stehende Rechtsgut als Bestandteil der "öffentlichen Ordnung" polizeilich zu schützen sei oder nicht. Die bedeutsamste Entscheidung, in der das PrOVG, ein der Wohlfahrtspflege dienendes Handeln der Polizei als den Rahmen der "Erhaltung der öffentlichen Ordnung" überschreitend bezeichnet hat, ist das bekannte "Kreuzberg-Urteil" aus dem Jahre 1882 (58). Das Gericht hat hier eine PolVerf. als unrechtmäßig bezeichnet, die ein Bauverbot zum Schutze des Kriegerdenkmals auf dem Kreuzberg ausgesprochen hatte (59). In der Begründung hat das OVG, ausgeführt, daß die Polizeibehörde mit ihrer Verfügung nicht mehr der "Erhaltung der öffentlichen Ordnung", sondern der "positiven Förderung des Gemeinwohls" gedient und damit ihren Aufgabenbereich überschritten habe (60). - Als "in der öffentlichen Ordnung einbegriffene .. und als solche unter dem Schutz der Polizei" (61) stehende Rechtsgüter hat das OVG, in den ersten Jahrzehnten seiner Tätigkeit vor allem die "öffentliche Sittlichkeit" (62), den "öffentlichen Anstand" (63), die gesellschaftlichen Anschauungen über die Religion (64) und

(56) vgl. DREWS, PolR., Vorwort S. VII

(57) § 10 II 17 ALR.: "Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publiko oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahren zu treffen, ist das Amt der Polizei".

(58) U. v. 14. 6. 1882 (9/353 ff.)

(59) Nach der PolVO, des Berliner Polizeipräsidenten, die der PolVerf. zugrunde lag, sollten Gebäude in der Nähe des Kreuzbergs nur noch so errichtet werden dürfen, "daß dadurch die Aussicht von dem Fuße des Denkmals auf die Stadt .. nicht behindert und die Ansicht des Denkmals nicht beeinträchtigt wird".

(60) a. a. O., S. 375 f.

(61) U. v. 16. 3. 1881 (7/370 ff., 372)

(62) Ue. v. 16. 3. 1881 (7/370 ff., 372) und v. 12. 11. 1895 (PrVBl. 17/256 f., 257)

(63) U. v. 15. 2. 1898 (33/445 ff., 449)

(64) Ue. v. 18. 12. 1896 (31/409 ff., 411) u. v. 19. 1. 03 (43/300 ff., 303)

die Unversehrtheit der Rechtsordnung (65) anerkannt. Das Gericht hat in einer ganzen Reihe von Urteilen (66) nachgeprüft, ob im einzelnen Fall das Einschreiten der Polizei zugunsten dieser Rechtsgüter wirklich der "Erhaltung der öffentlichen Ordnung" gedient habe oder nicht.

Ein weiterer Begriff des Polizeirechts, den das OVG - von vereinzelt Abweichungen zu Beginn seiner Tätigkeit abgesehen - "in ständiger Rechtsprechung" (67) als nicht zum Gebiet des freien E. gehörig behandelt hat, ist der der "bevorstehenden Gefahr". Das PrOVG. hat das Vorliegen einer solchen Gefahr, abgesehen von den auf dem Gebiet der Verkehrspolizei ergangenen Verordnungen und unselbständigen Verfügungen (68), stets in doppelter Hinsicht nachgeprüft: einmal hat es die "Gefahr" von der bloßen "Störung oder Belästigung" abgegrenzt, und zum andern hat es in Zweifelsfällen stets untersucht, ob eine Gefahr als "bevorstehend" angesehen werden müsse. Eingehende und grundlegende Erörterungen über die Klärung des Begriffs in der erstgenannten Richtung finden sich vor allem in einem Urteil aus dem Jahre 1879 (69). In dieser Entscheidung ist die angefochtene PolVerf. nach eingehender Würdigung der Sachverständigen-Gutachten mit der Begründung aufgehoben worden, daß durch die infrage stehende Benutzung eines Schießstandes lediglich eine "Belästigung und Störung", nicht aber eine "Gefahr" für die Anwohner verursacht werde. - Die Rechtsprechung des OVG. zu der Frage, ob eine Gefahr als "bevorstehend" anzusehen sei, hat BIERMANN im Jahre 1897 treffend dahin zusammengefaßt (70), daß "die Gefahr nach verständigem E. (71) zu befürchten sein muß, daß weder eine bloß mögliche, in weiter Ferne liegende Gefahr ausreicht, noch andererseits eine unmittelbar bevorstehende, gewissermaßen bereits hereinbrechende zu fordern ist". Das OVG. hat das Vorliegen dieser Voraussetzung in zahlreichen Entscheidungen (72) eingehend nachgeprüft und hat in einem Urteil aus dem Jahre 1903 das Recht zu einer solchen Nachprüfung

(65) vgl. U. v. 17. 3. 1881 (7/246 ff., 251), wo ein bestimmter Zustand "als ein rechtswidriger, gegen die öffentliche Ordnung verstoßender anerkannt werden" mußte.

(66) vgl. die in den Anm. 62 - 65 aufgeführten Urteile.

(67) U. v. 11. 5. 03 (PrVBl. 25/161 ff., 162).

(68) vgl. unten Abschn. III B.

(69) v. 10. 12. 1879 (6/349 ff., 352 u. 354), vgl. auch U. v. 27. 1. 1882 (9/344 ff., 350).

(70) Privatrecht und Polizei in Preußen, S. 18.

(71) Hier soviel wie: nach vernünftiger, vorher nicht genau festzulegender Anschauung.

(72) u. a. Ue. v. 11. 5. 1885 (PrVBl. 6/380 f.), v. 15. 10. 1894 (PrVBl. 16/125 ff., 126) u. v. 3. 1. 1894 (PrVBl. 15/202 f., 203).

auch ganz ausdrücklich für sich in Anspruch genommen (73).

Ein weiteres kennzeichnendes Beispiel für die Einstellung des PrOVG. zum Problem des freien E. ist die in den ersten Jahren seines Bestehens ergangene Rechtsprechung zur Frage des "Bedürfnisses" bei Erteilung der Schankerlaubnis (74). Das Gericht hat allerdings diese Frage keineswegs, wie etwa BÜHLER meint, "als Rechtsfrage betrachtet" (75). Es hat vielmehr des Öfteren eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß "das Gericht die Prüfung der Bedürfnisfrage . . . in das freie E. der zuständigen Behörde" stelle (76). Andererseits hat das OVG., aber in einer ganzen Reihe von Fällen nachgeprüft, ob die ergangenen EEntscheidungen nicht etwa wegen Überschreitung der Rechtschranken, die der Ausübung des freien E. gesetzlich aufzulegen werden mußten, aufgehoben werden mußten. So hat das Gericht im Jahre 1883 eine Entscheidung wegen fehlerhafter Ausübung des E. aufgehoben, in der bei der Prüfung der Bedürfnisfrage nur die Verhältnisse desjenigen Kommunalverbandes, in dem die Antragsteller ihren Wohnsitz hatten, berücksichtigt worden waren, nicht aber auch die Verhältnisse der Nachbarkommunen, die zur Schermentung des betreffenden Kommunalverbandes beizutragen hätten (77). Wenn das PrOVG. beispielsweise in Urteilen vom Jahre 1883 und 1884 (78) festgestellt hat, daß auch die Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten der Lage eines Ortes von Anwohnern her kommender Uebelständegruppen, wie auch der örtlichen Vorgekehrtsverhältnisse "nicht gegen das Gesetz verstoßen" werde (79).

(73) U. v. 11. 6. 03 (PrVB. 25/161 ff., 162).

(74) Damals § 33 GewO.

(75) BUCHP., O. 288, Anm. 48; vgl. auch KOLLA W., BELLERUS, ArchÖffR. 1914/599 f.; U. v. 19. 11. 1881 (1/254 ff., 256); vgl. auch U. v. 10. 5. 1876 (1/280 ff., 290).

Wenn das OVG. dennoch die Bed. eines Bedarfs eingehend nachgeprüft hat (vgl. U. v. 19. 11. 1881 - 8/259 f.), so stets nur nach aus sonstigen Gründen erfolgter Aufhebung der Entscheidung der Berufungsinstanz in der dann zulässigen "freien Prüfung der Sache nach ihrer tatsächlichen Lage". Die Nachprüfung umfaßte hier die nach allgemeiner Übung der Verwaltungsgerichte auch das Gebiet des freien E. (vgl. SCHOEN, VA. 27/111, Anm. 51).

(77) U. v. 17. 10. 1883 (10/258 ff.)

(78) U. v. 3. 5. 1879 (zit. in PrVB. 2/239) u. U. v. 11. 6. 1880 (PrVB. 1/357 f.).

(79) U. v. 5. 5. 1879 (a. a. O.)

Nicht einheitlich ist die ältere Rechtsprechung des PrOVG. zum Begriff der "Notwendigkeit" einer polizeilichen Verfügung im Sinne der Notwendigkeit des angewandten polizeilichen Mittels (80). In vielen Fällen ist die Frage, ob die polizeilich angeordnete Maßnahme wirklich nötig war (81), vom Gericht nachgeprüft worden. In anderen Urteilen dagegen ist eine solche Kontrolle für unzulässig erklärt worden, weil sie die ins freie E. der Polizei gestellte Angemessenheit und Zweckmäßigkeit des von dieser ausgewählten Mittels betreffe (82). Zwar war eine solche Ablehnung der Überprüfung bisweilen "nur eine scheinbare, zwar äußerlich ausgesprochene, aber in Wirklichkeit nicht befolgte" (83), aber es gibt doch auch eine ganze Reihe von Erkenntnissen, die mit der Ablehnung wirklich Ernst gemacht haben. (84) Diese Erkenntnisse stehen damit in offenem Widerspruch zu jenen Urteilen, in denen eine Kontrolle der Notwendigkeit als zulässig angesehen worden ist (85).

Wenn diese widerspruchsvolle Rechtsprechung hier dennoch als Beispiel für die starke Einschränkung angeführt wird, die das Gebiet des unkontrollierbaren Verwaltungse. durch die Spruchpraxis des OVG. erfahren hat, so geschieht dies aus einem doppelten Grund. Einmal hat nämlich die unten vergleichsweise zu betrachtende ältere Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtshöfe Bayerns und Württembergs den Begriff der Notwendigkeit ganz eindeutig als zum Bereich des freien E. gehörig betrachtet; zum andern aber war bis zu jenen sich widersprechenden Urteilen in der preußischen Gesetzgebung und Verwaltungspraxis die Notwen-

(80) Nicht also im Sinne der Notwendigkeit des polizeilichen Einschreitens überhaupt; über die Doppeldeutigkeit des Begriffes vgl. JELLINEK, Ges., S. 77 ff. und 86 ff. und derselbe in ArchÖffR. 1914/595 f., wo vorgeschlagen wird, bezüglich der "Frage, ob mehr als nötig" angeordnet worden sei, "besser von Übermaß" zu sprechen; vgl. auch FORSTHOFF, S. 81 f. - Über die Behandlung des Problems der Notwendigkeit einer angeordneten Maßnahme bzw. des "Übermaßes" in Literatur und Rechtsprechung vgl. KRAUSS, Verhältnism., S. 53 ff.

(81) Etwa Ue. v. 11.7.1894 (PrVBl. 16/115), v. 27.9.1888 (PrVBl. 10/124 f.) u. v. 18.1.1886 (13/397 ff., 400)

(82) Etwa Ue. v. 28.11.1895 (PrVBl. 17/431 f., 432) u. v. 1.4.1880 (PrVBl. 1/266 ff., 268)

(83) BÜHLER, SubjR., S. 192; vgl. etwa U. v. 9.4.1897 (PrVBl. 18/421 f.)

(84) vgl. oben Anm. 82

(85) vgl. JELLINEK, Ges., S. 9 f.

digkeit einer polizeilichen Maßnahme ganz einhellig als unüberprüfbar angesehen worden (86). Es darf deshalb wohl behauptet werden, daß das PrOVG, selbst mit seiner vorerst nur teilweisen Loslösung von den traditionellen Anschauungen in dieser Frage schon seine "fortschrittliche" Haltung bewiesen hat.

Einen bedeutenden Eingriff in das Gebiet des VerwaltungsE, stellen weiter jene Entscheidungen dar, in denen das OVG, den Grundsatz herausgebildet hat, daß **u n s a c h l i c h e B e w e g g r ü n d e** - sei es, daß ein Irrtum über die ertaubten Motive vorliegt, sei es, daß diese absichtlich außer acht gelassen werden - die Ungültigkeit der betreffenden Verfügung zur Folge haben. Allerdings hat das OVG, in vielen Urteilen (87) von diesem Efehler nur als von einem Mangel gesprochen, der der betreffenden Verfügung **n i c h t** anhafte (88). In einigen Fällen aber hat das Gericht wegen der dem Verwaltungsakt zugrunde liegenden nicht zu billigenden Motive der Anfechtungsklage auch stattgegeben. So hat das OVG, im Jahre 1898 (89) eine PolVerf, aufgehoben, durch die - auf Grund einer PolVO, - die Errichtung eines "dicht schließenden" Zaunes angeordnet worden war. Das Gericht hat diese Entscheidung damit begründet, daß die Polizei vor allem die Straße vor Schneeverwehungen habe schützen wollen und somit "andere Zwecke verfolgt" habe, "als für welche die Bestimmung in der PolVO, gegeben" gewesen sei; es sei damit also ein "willkürlicher Eingriff in die Rechtssphäre" des nicht wegebaupflichtigen Grundeigentümers vorgenommen worden (90).

(86) vgl. "Ges., über die Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen" v. 11.5, 1842 (PrGS, 192 ff.), in dessen § 1 "Gesetzsmäßigkeit" und "Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit" von polizeilichen Verfügungen ausdrücklich gegenübergestellt waren; vgl. weiter "Gesetz über die Polizeiverwaltung" v. 11.3, 1850 (PrGS, 265 ff.), § 17: "Die Polizeirichter haben, dabei nicht die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit, in Erwägung zu ziehen".

(87) vgl. die Beispiele bei JELLINEK, Ges., S. 65, Anm. 114

(88) JELLINEK (Ges., S. 65 f.) spricht von der oft in diesem Sinne erwähnten "Willkür oder sonstigen Pflichtwidrigkeit der Behörde" geradezu als von einer "Formel", die "nicht als Waffe gegen die PolVerf, verwendet, sondern im verneinenden Sinne, nämlich zur Belehrung des Anfechtenden, daß das Vorgehen der Polizei den Vorwurf der Pflichtwidrigkeit **n i c h t** verdient", gebraucht worden sei.

(89) U, v. 17.1, 1898, bei Kantze-Kautz, Die Rechtsgrundsätze des Königl. Preuß. OVG., ErgBd. 1899, S. 284, Nr. 27

(90) vgl. auch U, v. 17.5, 1892 (23/361 ff., 368)

Als letztes Beispiel für die Tendenz des PrOVG., den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz möglichst weitgehend zu gewähren, sei die *Einschränkung des Widerrufs* einer nach pflichtgemäßen E. erteilten *Bauerlaubnis* genannt. Das Gericht hat - entgegen dem zu jener Zeit allgemein anerkannten Grundsatz der freien Widerruflichkeit einer Polizeierlaubnis (91) - die Zurücknahme eines nach freiem E. erteilten Baukonsenses als dem E. der Behörden entzogen angesehen, wenn diese Zurücknahme erst nach Baubeginn erfolgen soll. Das OVG. hat nämlich festgestellt, daß ein derartiger Widerruf "der Regel nach nur dann erfolgen" könne, "wenn die Bauerlaubnis sich mit dem zur Zeit der Erteilung geltenden öffentlichen Polizeirecht in Widerspruch" setze (92). Dieser zuerst im Jahre 1893 formulierte Gedanke der Beschränkung der freien Widerruflichkeit des Baukonsenses hatte sich bereits in Entscheidungen aus den ersten Jahren des Bestehens des Gerichts angekündigt (93) und ist später in abgeschwächter Form auch auf andere von der Polizei nach freiem E. erteilte Erlaubnisse übertragen worden (94).

B

1. Eine der Haltung des PrOVG. entgegengesetzte Einstellung zum EProblem zeigt sich in den Entscheidungen des *Württembergischen Verwaltungsgerichtshofs*. Dieser hat lange Zeit hindurch vor allem die oben erwähnten Begriffe des Polizeirechts, die das PrOVG. von Anfang an in seine Rechtsprechung einbezogen hat, eindeutig als zum Bereich des freien E. gehörig behandelt. Aber auch sonst hat der WürttVGH. in den ersten vier Jahrzehnten seines Bestehens das Verwaltungshandeln nirgends ähnlich weitgehend kontrolliert wie das PrOVG. Dies erscheint umso bemerkenswerter, als die Generalklausel des Art. 13 des "Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege" vom 16. 12. 1876 bei entsprechender Auslegung durchaus die Möglichkeit zu einer stärkeren Einschränkung des VerwaltungsE. geboten hätte.

(91) vgl. FORSTHOFF, S. 232, Anm. 3

(92) U. v. 7. 4. 1893 (24/344 ff., 350)

(93) vgl. etwa U. v. 9. 6. 1877 (2/415 ff., 421 f.)

(94) Über die Ausdehnung des Grundsatzes auf andere Fälle, in denen "von der Erlaubnis bereits Gebrauch gemacht ist", vgl. SCHOEN, Festgabe OVG., S. 143, und PETERS, Verw., S. 159; vgl. dazu auch PVG. § 42 Abs. 1 c.

Zum Verständnis dieser Einstellung des WürttVGH. zur EFrage muß zunächst erwähnt werden daß die Konstituierung des Gerichtshofs - im Gegensatz zu Preußen. wo die Verwaltungsrechtspflege völlig neu ins Leben gerufen werden mußte - **lediglich** eine organische Weiterbildung und Reform der längst bestehenden Einrichtung des "Geheimen Raths" bedeutete. Für diese Reform waren, ebenfalls ganz anders als in Preußen, keineswegs Gründe politischer Art, sondern ausschließlich solche organisatorischer Natur maßgebend. Es kann deshalb nur folgerichtig erscheinen, daß der WürttVGH die Grundhaltung der Rechtsprechung seines "Vorgängers" übernommen und sich dabei auch dessen Zurückhaltung gegenüber dem EProblem zu eigen gemacht hat. Daß eine solche wenig rechtsschutzfreundliche Einstellung in dem von alters her freiheitlich gesinnten Württemberg aber möglich war und auch in der liberalen Hoch-Zeit der siebziger Jahre keine Änderung gefunden hat, läßt sich nur aus der verfassungspolitischen Entwicklung des Landes erklären. Diese Entwicklung ist deshalb, soweit sie hier von Bedeutung erscheint, nachstehend kurz zu schildern.

Württemberg hatte im Gegensatz zu Preußen und fast allen anderen deutschen Territorien seine ständische Verfassung und mit dieser weitgehend auch das alte, aus dem ausgehenden Mittelalter stammende System des Rechtsschutzes seiner Untertanen bis zum Ende des alten Reiches beibehalten. Während in den anderen großen Territorien der den Untertanen gegenüber dem Landesherrn durch die Reichs- bzw. die landesherrlichen Austrägalgerichte gewährte Rechtsschutz im 17. Jahrhundert völlig wirkungslos geworden war, hatte sich in Württ. im "Regierungsrat" eine dem Austrägalgericht ähnliche Einrichtung erhalten (1). Außerdem waren in Württemberg - ebenfalls ganz anders als etwa in Preußen (2) - **alle** auf eine Beschränkung der Kompetenz der ordentlichen Gerichte zu Gunsten der Verwaltung gerichteten Vorstöße des Landesherrn an der ablehnenden Haltung der Stände gescheitert (3). Eine weitere Sicherung der Rechtsstellung des Bürgers gegenüber der Staatsgewalt hatten die zahlreichen, unter der Mitherrschaft der Stände geschaffenen Verwaltungsgesetze dargestellt. Für die Beachtung dieser

(1) vgl. WINTTERLIN, Grundlagen, S. 322 ff

(2) vgl. E. LOENING, VA. II/225-257

(3) vgl. WINTTERLIN, Geschichte der Behördenorganisation in Württ., Bd. I. 1904, S. 171

Gesetze durch die Behörden hatten die Stände dadurch sorgen können, daß sie ihre Zustimmung insbesondere zu Steuergesetzen von der Revision etwa vorgekommener Übergriffe abhängig machten (4).

Als dann im Jahre 1805 der Herzog im Zuge der politischen Umwälzung die Verfassung außer Kraft setzen konnte, wurden mit dieser allerdings auch alle Institutionen beseitigt, die den Rechtsschutz gegenüber dem Staat gewährleistet hatten. Nicht aber gelang es dem Landesherrn in der nun folgenden kurzen Periode des Absolutismus, den tief in der württembergischen Tradition wurzelnden Gedanken der Notwendigkeit rechtsstaatlichen Schutzes des Untertanen seiner Kraft zu berauben. So wurden bald seitens der Justiz - allerdings vergeblich gebliebene - Versuche unternommen, die Zuständigkeit der alten Reichs- bzw. Austrägalgerichte zu übernehmen (5). Später wurden dann Pläne für die Errichtung einer besonderen Behörde zur Entscheidung von verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten ausgearbeitet (6). Schließlich wurde in der - bezeichnenderweise nicht oktroyierten, sondern frei vereinbarten (7) - Verfassung vom 25. 9. 1819 mit dem "Geheimen Rat" eine Institution geschaffen, die als erster moderner deutscher Verwaltungsgerichtshof bezeichnet werden darf (8). Allerdings mag bei der Konstituierung dieses Geheimen Rates auch das Vorbild der französischen Administrativjustiz eine nicht unbedeutende Rolle gespielt haben; im wesentlichen ist er aber doch wohl in Anknüpfung an bewährte alt-württembergische Institutionen geschaffen worden (9).

Der Geheime Rat hatte in seiner Funktion als oberste Rekursbehörde - es waren ihm daneben noch andere Aufgaben übertragen - über Beschwerden gegen erst- und letztinstanzliche Verfügungen der Minister zu erkennen. Als Mitglieder des Rates waren hierbei berufen die Vorstände des obersten Gerichtshofs, vom König besonders ernannte Räte und die Minister mit Ausnahme desjenigen, gegen dessen Verfügung Beschwerde eingelegt worden war (10). Im Verlauf seiner Tätig-

(4) vgl. BÜHLER, Zuständigkeit, S. 18 f.

(5) vgl. BÜHLER, in Stengel-Fl., Bd. III, S. 742

(6) vgl. BÜHLER, Zuständigkeit, S. 27 f.

(7) vgl. GÖZ, Die Verfassungsurkunde für das Königreich Württ., 1906, S. 6

(8) vgl. Sarwey, S. 260 f., insbes. Anm. 2

(9) vgl. BÜHLER, Zuständigkeit, S. 59, Anm. 1 und WINTERLIN, Grundlagen, S. 336

(10) §§ 55 u. 60 der württ. Verfassungsurkunde. - Nach SARWEY, "Über Administrativjustiz nach württ. Rechte", WürttArch 14/186 ff., 194, Anm. 11) bildete sich aber bald die Regel heraus, daß auch die nicht unmittelbar beteiligten Minister sich jeder Mitwirkung enthielten.

keit von 1819 bis 1877 hat es der Geheime Rat dann verstanden. "die Rechtsprechung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes in der gleichen unabhängigen, für unberechtigte Einflüsse unzugänglichen Weise . . wie die bürgerlichen Gerichte" (11) auszuüben. Für die Wertschätzung, die diese Rechtsprechung des Rates genossen haben muß, ist es bezeichnend, daß ROBERT VON MOHL als Abgeordneter eines württembergischen Kreises sich im Verfassungsausschuß der Frankfurter Nationalversammlung entschieden gegen die allgemein geforderte grundlegende Ablehnung einer besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit gewandt hat (12).

Bei näherer Betrachtung der Praxis des Geheimen Rats (13) zeigt sich allerdings, daß er das seiner Rechtsprechung unterworfenen Gebiet der Verwaltungstätigkeit gegenüber dem Bereich des freien E. recht eng begrenzt hat. Einerseits hat er zwar den Grundsatz entwickelt, daß die Beschwerde an ihn immer dann zulässig sein solle, wenn der Beschwerdeführer behaupte, nach den Prinzipien des öffentlichen Rechtes in einem ihm zustehenden Recht verletzt zu sein (14). Andererseits hat er aber bei der Anwendung dieser Regel den Begriff des dem einzelnen "zustehenden Rechts" oft sehr einschränkend ausgelegt. So hat der Rat im Jahre 1837 wegen einer allzu großen Häufung von Beschwerden (15) ausdrücklich bekanntgemacht, daß auf die Erteilung von GewerbeKonzessionen keinerlei Rechtsanspruch bestehe (16). Ebenso sind Polizeiverfügungen, soweit sie nicht gegen Gesetze oder besondere Rechtstitel des einzelnen verstießen, stets als zum Gebiet des freien E. gehörig behandelt worden.

Trotz dieser Selbstbeschränkung der im übrigen recht bedeutenden Tätigkeit des Geheimen Rats (17) war aber der Rechtsschutz in öffentlichen Angelegenheiten im Württemberg jener Zeit doch genügend gewährleistet. Einmal hat nach dem Inkrafttreten der Verfassung von 1819 das Parlament in Fortsetzung der oben

(11) Motive zu Art. 3 württVRG., abgedruckt bei HOHL, VRG., S. 42

(12) vgl. BÜHLER, Zuständigkeit, S. 56, Anm. 1

(13) vgl. LINDER, Die Entstehung der VerwRPfl. des Geh. Rats in Württ., 1940, S. 66 ff.

(14) GOEZ, VerwRPfl., S. 33; dieser Grundsatz ist später in den Art. 13 des württVRG. aufgenommen worden.

(15) BÜHLER (SubjR., S. 366) führt dies "auf die in dem demokratischen Charakter des Volks begründete Beschwerdelust" zurück.

(16) vgl. BÜHLER, Zuständigkeit, S. 36

(17) vgl. GOEZ, VerwRPfl., S. 33

geschilderten ständischen Tradition bald eine eigene wirksame Kontrolle über die Tätigkeit der Verwaltung ausgeübt (18). Zum andern aber ist es in dem alten Verfassungsstaat Württemberg nicht wie im Preußen der Jahre nach 1848 zu politischen Ereignissen gekommen, die die Gefahr eines Mißbrauchs des Beamtentums hätten mit sich bringen können. Im übrigen hat die staatliche Verwaltung in Württemberg nie auch nur annähernd so viel Macht besessen wie in Preußen, zumal sie durch ein weitgehendes kommunales Selbstverwaltungsrecht stark eingeschränkt war (19). All dies hat dazu geführt, daß die württembergischen Behörden ihre Entscheidungen nach BÜHLER in aller Regel "sachlich und ohne unnötige Härte" (20) getroffen haben und daß etwa doch vorkommende Fehler wohl ganz überwiegend in dem mehrere Instanzen umfassenden Beschwerdeweg berichtigt worden sind.

Angesichts dieser befriedigenden Verhältnisse auf dem Gebiet der "Administrativjustiz" darf es nicht wundernehmen, daß in Württemberg eine starke, auf die Neuordnung der Gerichtsbarkeit im Bereich der Verwaltung gerichtete Bewegung wie etwa in Preußen oder auch in Bayern nicht vorhanden war. Daß es dann doch zu den im "Gesetz über die Verwaltungspflege" vom 16. 12. 1876 festgelegten Reformen gekommen ist, lag daran, daß die kräftig einsetzende Verwaltungsgesetzgebung des Norddeutschen Bundes bzw. des Reiches eine Neuordnung des Verfahrens unumgänglich nötig machte (21). Diese Gelegenheit wurde dazu benutzt, dem bisherigen "Geheimen Rath" auch äußerlich seine längst schon inne gehabte Unabhängigkeit als "Verwaltungsgerichtshof" zu garantieren (22). Die Reformen blieben mit anderen Worten "auf die O r g a n i s a t i o n s - f r a g e beschränkt" (23), während die vom Geheimen Rat entwickelten Rechtsgrundsätze unverändert in das neue Gesetz und in die Rechtsprechung des WürttVGH. übernommen wurden. Insbesondere hat der WürttVGH. nach dem Vorbild des Geheimen Rats das seiner Jurisdiktion unterliegende Gebiet der Verwaltungstätigkeit zu Gunsten eines weiten EBereichs recht eng begrenzt. Dies ist im folgenden an einigen kennzeichnenden Beispielen nachzuweisen.

(18) vgl. BÜHLER, SubjR., S. 363

(19) vgl. BÜHLER, SubjR., S. 319 und 363

(20) WürttZ. 1922/161; weiter spricht BÜHLER (SubjR. S. 364) von der "sehr friedfertigen württ. Ortspolizei".

(21) vgl. GOEZ, VerwRPfl., S. 34

(22) vgl. Motive zu Art. 3 des württVRG., zit. bei HOHL, VRG., S. 42

(23) HOHL, VRG., S. 77

2 Die Anzahl der veröffentlichten Entscheidungen des WürttVGH, in denen dieser zur Frage des VerwaltungsE Stellung genommen hat, ist in den ersten Jahrzehnten seiner Tätigkeit nicht sehr groß gewesen. Das eine der beiden Gebiete, die für eine Erörterung des EProblems besonders geeignet erscheinen konnten, das des Gewerberechts, war nämlich in dem hier zu betrachtenden Zeitraum der Zuständigkeit des Gerichtshofs entrückt (24). Das Gebiet des Polizeirechts aber ist vom WürttVGH entsprechend der vom Geheimen Rat übernommenen Tradition in der Regel so eindeutig als Domäne des freien E behandelt worden, "daß Rechtsbeschwerden . . . sehr wenig aussichtsvoll erscheinen mußten und aus diesem Grund natürlich auch selten eingelegt wurden" (25).

In den wenigen Fällen, in denen Rechtsbeschwerden gegen **P o l i z e i v e r f ü g u n g e n** zu prüfen waren, hat der WürttVGH, zunächst immer - und das oft sehr ausführlich - ein grundsätzliches Recht der Polizei zum Eingreifen festgestellt. Er hat dieses Recht entweder aus besonderen gesetzlichen Bestimmungen oder aber "aus der Pflicht der Polizei" abgeleitet: "in dem ihrer Fürsorge anvertrauten Bereiche der öffentlichen Verwaltung . . . die unumgänglich notwendige Ordnung im Gemeinwesen . . . zu wahren und solches gegen ihm drohende Gefahren zu schützen" (26). Die Entscheidung darüber, ob nun aber im einzelnen Falle die eben genannten oder die aus Spezialgesetzen ersichtlichen Voraussetzungen für ein Einschreiten der Polizei gegeben waren, hat er dann im Gegensatz zum PrOVG in aller Regel als der rechtlichen Nachprüfung **n i c h t** unterliegend angesehen. Die Rechtsbeschwerden wurden dementsprechend entweder nach Art. 13 Abs. 1 WürttVRG wegen Fehlens der dort aufgestellten Voraussetzungen oder

(24) vgl. BÜHLER, SubjR., S. 351.

(25) BÜHLER, SubjR., S. 342. - Im übrigen entspricht es wohl wirklich den Tatsachen, daß es bei den Verwaltungsbehörden Württembergs "längst zur Tradition geworden" war, "selbst vorsichtig zu untersuchen, wie weit" sie "nach dem Gesetz gehen" durften (so OVGRat RUPP in WürttRV. 1932/24); außerdem mußten die Verwaltungsbeschwerden, ehe eine Rechtsbeschwerde beim WürttVGH, erhoben werden konnte, wie bereits zur Zeit des Geheimen Rats, alle Verwaltungsinstanzen durchlaufen (in der Regel also bis zum Min. d. Innern; Art. 59 WürttVRG.), so daß etwaige Fehlentscheidungen meist wohl im Verwaltungsweg abgeändert worden sind.

(26) U. v. 7. 6. 1886 (Amtsblatt 1886/225 ff., 226).

nach Art. 13 Abs. II wegen Obwaltens des freien E. abgewiesen (27).

So hat der Gerichtshof im Jahre 1897 auf eine Rechtsbeschwerde, die gegen eine wegen "Anreizung zum Klassenhaß" (§ 130 StGB) erfolgte Versammlungsauflösung erhoben worden war, zunächst die Befugnis der Polizei zur Versammlungsüberwachung in der angeführten Weise aus dem überkommenen Rechtszustand abgeleitet. Sodann hat er die angefochtene Verfügung mit der Begründung bestätigt, "daß die Frage", ob eine Versammlung aufzu lösen sei, "als eine nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheidende Frage dem pflichtmäßigen E. . . der Polizei anheimgestellt" werden müsse (28).

In einem anderen Fall hatte sich die Heilsarmee darüber beschwert, daß ihre Versammlungen zu bestimmten Tageszeiten verboten worden waren, weil Außenstehende während und nach den Versammlungen ruhestörenden Unfug getrieben hätten und die Polizei angeblich nicht imstande gewesen war, "mit den gewöhnlichen Mitteln" die öffentliche Ruhe und Ordnung zu schützen. Die Heilsarmee hatte sich dabei auf ein Gesetz berufen, das den religiösen Dissidenten-Vereinigungen das Recht der gemeinsamen Religionsausübung garantierte. Der VGH. hat hier zunächst festgestellt, daß nach jenem Gesetz das Recht der freien Religionsausübung ausdrücklich nur unter der Voraussetzung eingeräumt werde, daß diese "mit dem Gebote der Sittlichkeit oder mit der öffentlichen Rechtsordnung nicht in Widerspruch treten" dürfe. Dann hat er eine jede Nachprüfung des Falles mit der Begründung abgelehnt, daß die Entscheidung über das Vorliegen der genannten Voraussetzungen als das Urteil über "eine nach den Umständen zu beur-

(27) Art. 13 VerwRPfGes. lautete: "Außerdem entscheidet der VGH. . . über Beschwerden gegen . . . Verfügungen der Verwaltungsbehörden, wenn jemand . . . behauptet, daß die ergangene . . . Verfügung rechtlich nicht begründet, und daß er hierdurch in einem ihm zustehenden Recht verletzt oder mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet sei (Abs. I). Ausgeschlossen ist diese Beschwerde, wenn und soweit die Verwaltungsbehörden durch das Gesetz nach ihrem E. zu verfügen ermächtigt sind (Abs. II)" - Über die grundsatzlos wechselnde Verwendung des einen oder des anderen der beiden sich weitgehend entsprechenden Abweisungsgründe (wo EFreiheit der Verwaltung gegeben, da kein subj. Recht möglich) vgl. BÜHLER, SubjR., S. 326/28.

(28) U. v. 27. 10. 1897 (GOEZ, VerwRPfL., S. 234 ff., 235/6)

teilende Tatfrage „, einen Gegenstand des E.“ der Polizei bilde (29)(30)

Weiter läßt sich die "zurückhaltende" Einstellung des WürttVGH zum EProblem auch an der Behandlung der Frage der *Notwendigkeit* eines polizeilich angeordneten Mittels zeigen. Während das PrOVG, in seiner zunächst nicht einheitlichen Rechtsprechung das Vorliegen dieser "Notwendigkeit" doch häufig nachgeprüft hat - und zwar mehrfach auch mit der Konsequenz der Aufhebung der angefochteten Polizeiverfügung -, hat der WürttVGH, eine wirkliche Überprüfung stets ausdrücklich abgelehnt. Der Gerichtshof hat sich dabei darauf berufen, daß die Bestimmung der erforderlichen polizeilichen Mittel "der Natur

-
- 29) U. v. 16. 11. 1887 (Amtsblatt 1887/420 ff.). In dieser Entscheidung wird der Gegensatz zur preuß. Rechtsprechung besonders deutlich: Das PrOVG hat in einem Streifall, dem ein ganz ähnlicher Sachverhalt zugrunde lag (U. v. 18. 12. 1896 - 31/409 ff.), zunächst nach eingehender Prüfung festgestellt, daß das "Treiben der Heilsarmee selbst nach Inhalt und Form" nicht geeignet sei, "Ärgernis in religiöser Beziehung zu erregen"; dann hat es die Polizei darauf hingewiesen, daß sie die Ruhestörungen durch Außenstehende hier auf gar keinen Fall als Grund für ein Versammlungsverbot ansehen dürfe.
- (30) In Abweichung von den eben angeführten Entscheidungen hat der WürttVGH allerdings gelegentlich erwogen, ob im einzelnen Falle wirklich eine polizeiliche *Gefahr* für Leben oder Gesundheit vorgelegen habe (vgl. etwa U. v. 25. 2. 1880 - Amtsblatt 1880/102 ff.); soweit ersichtlich, hat jedoch eine solche Nachprüfung durch den WürttVGH, - im Gegensatz zur Praxis des PrOVG, - niemals zur Feststellung einer Fehlentscheidung der Verwaltungsbehörde geführt, sondern stets nur zur Bestätigung des Vorliegens einer aus den von der Polizei beigezogenen Sachverständigen-Gutachten ohnehin klar ersichtlichen Gefährdung. Noch dazu handelte es sich in jenen Fällen um ein Eingreifen der Polizei gelegentlich nachbarrechtlicher Streitigkeiten (z. B. wegen Belästigung durch Halten von Schweinen). Der WürttVGH, hat sich hier wohl zu besonders eingehender Untermauerung seiner Entscheidungen veranlaßt gesehen, weil der Einwand auszuräumen war, daß in Ermangelung einer die Polizei ermächtigenden Spezialbestimmung allein der Zivilrechtsweg für den Austrag solcher Streitigkeiten gegeben sei (vgl. etwa U. v. 7. 6. 1886 - Amtsblatt 1886/225 ff.).

der Sache nach" in den Bereich des E der Polizeibehörde gehöre (31) (32)

C

1. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat sich während der ersten Jahrzehnte seines Bestehens bei der Abgrenzung des unüberprüfbaren EBereichs der Verwaltungsbehörden meist in ähnlicher Weise "zurückgehalten" (1), wie dies der WürtVGH getan hat. Die bayerische Rechtsprechung jener Zeit stand der württembergischen "offenbar viel näher" als der preußischen (2). Immerhin kam sie ihr aber an Einheitlichkeit und Einseitigkeit doch keineswegs gleich. Es gibt nämlich eine Anzahl von älteren Entscheidungen des BayVGH., die zu dessen grundsätzlicher Einstellung zum EProblem in Widerspruch stehen oder wenigstens zu stehen scheinen. Bezeichnend für die Eigenart der bayerischen Verhältnisse auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtspflege ist es auch, daß in Bayern im Gegensatz zu Württemberg bald gewichtige Stimmen der Kritik an der Grundhaltung des Gerichtshofs laut geworden sind. Weiter sei hier bereits vermerkt, daß der BayVGH. schon nach wenigen Jahrzehnten in Fragen, die er dann - vor allem auf Grund neuer Gesetzesbestimmungen - erstmals zu entscheiden hatte, eine ganz andere Einstellung zum EProblem an den Tag gelegt hat.

Die tieferen Gründe für diesen besonderen Charakter der Rechtsprechung des BayVGH. lassen sich, ebenso wie in Preußen und Württemberg, nur aus der verfassungspolitischen Entwicklung des Landes etwa vom 17. Jahrhundert ab erkennen. Diese Entwicklung ist im folgenden zu skizzieren. Es wird daraus insbesondere auch ersichtlich werden, wieso es zwischen der württembergischen und der bayerischen Verwaltungsrechtsprechung bedeutsame Unterschiede hat geben können, obwohl doch das staatliche Leben beide Länder im 19. Jahrhundert weitgehend gleichartig verlaufen ist und obwohl hier wie dort bereits in den Verfassungen von 1818 bzw. 1819 Institutionen geschaffen worden waren, die moder-

(31) So U. v. 16. 11. 1887 (Amtsblatt 1887/421); vgl. auch U. v. 7. 6. 1886 (Amtsbl. 1886/225 ff., 229).

(32) Wenn der VGH. im U. vom 26. 5. 1883 (Amtsblatt 1883/171 ff., 176) ausnahmsweise einmal festgestellt hat, daß die umstrittene Maßnahme wirklich notwendig gewesen sei, so hat es sich dabei wohl um eine mehr beiläufige Bemerkung gehandelt, die die - unter anderen Gesichtspunkten festgestellte - Rechtmäßigkeit des polizeilichen Einschreitens durch Betonung der von der Beschwerdeninstanz eingehend geprüfte, und durch Gutachten erhärteten Erforderlichkeit der Maßnahme unterstreichen sollte.

(1) vgl. BRAUNWART, Festschr. VGH., S. 27.

(2) BÜHLER, SubjR., S. 413.

nen Verwaltungsgerichtshöfen stark ähnelten.

Im Gegensatz zu Württemberg hatte sich in Bayern wie in den meisten anderen deutschen Territorien im 17. und 18. Jahrhundert ein absolutistisches Regime entwickelt. Die Stände waren weitgehend von der Mitregierung ausgeschlossen worden und der Kurfürst hatte sich mehr und mehr dem Einfluß des Reichs und damit auch der Reichsgerichtsbarkeit entzogen (3). Dabei hatte sich der Schwerpunkt der Tätigkeit der landesherrlichen Behörden mehr und mehr von der Rechtsprechung auf die sich immer kräftiger ausweitende Verwaltung verlagert (4).

Das Erstarken des Absolutismus war in Bayern ebenso wie etwa auch in Preußen dem Rechtsschutz der Untertanen und insbesondere dem Rechtsschutz gegenüber der öffentlichen Gewalt abträglich gewesen (5). Dieser Entwicklung war im Gegensatz zu Preußen im 18. Jahrhundert nur in recht unzulänglichem Maße entgegengetreten worden. Allen nach dem Vorbild der preußischen Könige unternommenen Versuchen, eine saubere und schnellarbeitende Rechtspflege zu schaffen, war nur geringer Erfolg beschieden gewesen. Beachtenswert erscheint dabei auch, daß alle derartigen Maßnahmen nicht im geringsten über den Rahmen der Fürsorge für die "Wohlfahrt der Untertanen" hinausgingen und daß dementsprechend erste Ansätze rechtsstaatlicher Gestaltung im Gegensatz zu Preußen hier nicht zu finden sind. Vergeblich wird man im Bayern jener Zeit etwa nach Bestimmungen wie der des § 10 II 17 ALR. suchen (6). Noch viel weniger aber wird man Verwirklichungen des Gedankens eines umfassenden Rechtsschutzes der Untertanen gegenüber der öffentlichen Gewalt wie in dem oben erwähnten preußischen Reglement von 1797 (7) feststellen können.

Dieses Zurückbleiben der bayerischen innerstaatlichen Entwicklung gegenüber der des deutschen Nordens hatte seinen Grund darin, daß es den Gedanken der

(3) vgl. ROSENTHAL, Geschichte des Gerichtswesens und der Verwaltungsorganisation Bayerns, Bd. I, 1889, S. 12 ff.; O. MAYER, 2. Aufl., Bd. I, S. 37 f.

(4) vgl. FERCHL, "Bayerische Behörden und Beamte 1550-1804" (Obb. Archiv für vaterländische Geschichte, Bd. 53), S. XX.

(5) Mindestens war dies im Bayern des 18. Jahrh. der Fall. Während nach ROSENTHAL (a. a. O., Bd. II, 1906, S. 4 ff. und besonders S. 302 ff.) die bay. Rechtspflege im 17. Jh. noch auf verhältnismäßig hoher Stufe gestanden hat, spricht SEYDEL (Bd. I, S. 35) u. a. von einer "in völligen Verfall geratenen" Rechtspflege der unteren Instanz in der zweiten Hälfte des 18. Jh.

(6) Diese Vorschrift errichtete doch immerhin Schranken für den Erlass von Polizei-Verfügungen (vgl. JELLINEK, VR., S. 424).

(7) vgl. Abschn. I A 1

Aufklärung nicht gelungen war, das bayerische Geistesleben in stärkerem Umfang zu beeinflussen (8). Die Ursachen für diese Erscheinung wiederum sind in der Erstarrung des bayerischen Bildungswesens (9), dem absoluten Zuzugsverbot für Nichtkatholiken (10) und schließlich wohl auch in dem großen Übergewicht der bauerlichen Bevölkerung zu suchen.

Eine neue lebendige Entwicklung im bayerischen Staatsleben trat erst ein, als der "fähigste Staatsmann, der jemals die Geschicke Bayerns geleitet hat" (11), Freiherr von Montgelas, im Jahre 1799 von einem fortschrittlich gesinnten Kurfürsten zum Ersten Minister berufen wurde. Dieser väterlicherseits aus Savoyen stammende und in Frankreich erzogene neue Leiter der bayerischen Politik reformierte das rückständige Staatswesen mit starker Hand. Er verschaffte auf der einen Seite dem Ideengut der französischen Revolution - wenn auch meist in recht gemäßigter Form - Einlaß und gab auf der anderen Seite dem Staate nach napoleonischem Muster eine straffe und einheitliche Organisation (12).

Im Zuge dieser Neuordnung des gesamten Staatswesens erhielt Bayern nach dem Vorbild des französischen Staatsrats (13) im "Geheimen Rath" (1808) und dessen Nachfolger, dem "Staatsrath" (1817) eine Institution, der neben beratender Funktion auch eine Art Verwaltungsrechtspflege übertragen war (14).

Dieser bayerische Staatsrat scheint auf den ersten Blick stark dem württembergischen Geheimen Rat zu ähneln. Bei näherem Hinsehen zeigt sich jedoch, daß zwischen den beiden verwandten Institutionen bereits von Anfang an in Befugnissen und Zuständigkeit bedeutende Unterschiede bestanden haben (15). Die Ursachen für diese Unterschiede sind darin zu suchen, daß der Geheime Rat weitgehend in Anlehnung an altwürttembergische rechtsstaatliche Einrichtungen geschaffen worden ist, während Bayern lediglich das aus einer fremden Entwicklung heraus gewachsene Vorbild übernommen hat. Noch stärker als bei der Er-

(8) So schreibt PILOTY ("Ein Jahrhundert bayerischer Staatsrechts-Literatur"

Festgabe Laband, Bd. II, 1908. S. 217): daß in der bay. Staatsrechtsliteratur jener Zeit "der rationalistische Geist des 'philosophischen Jahrhunderts' kaum zu spüren" sei.

(9) vgl. DOEBERL, Bd. II, S. 248

(12) DOEBERL, Bd. II, S. 452 ff. und

(10) vgl. DOEBERL, Bd. II, 487

GNEIST, RSt., S. 134

(11) DOEBERL, Bd. II, S. 389

(13) vgl. dazu ANSCHÜTZ, VerwR., S. 408

(14) vgl. KAHR, S. XVIII ff. und XXIV ff.

(15) Während der G. R. seine Entscheidungen selbst endgültig treffen konnte, bedurften die Erkenntnisse des bay. StR. der Bestätigung durch den König; die Zuständigkeit des G. R. war nach dem Grundsatz der Generalklausel, die des S. R. nach dem Enumerationsprinzip bestimmt; vgl. auch BRAUNWART, Festschr. / GH S. 8 f.

richtung der beiden Institutionen hat sich diese verschiedenartige geistige und historische Fundierung dann in deren späterer Entwicklung ausgewirkt. Der Geheime Rat hat sich, auf den württembergischen rechtsstaatlichen Traditionen aufbauend, eine anerkannte und unabhängige Stellung schaffen können und hat so den justizstaatlichen Tendenzen jener Zeit (16) zu trotzen vermocht. Der bayerische Staatsrat dagegen hat nicht die Kraft besessen, sich zu einer starken Institution zu entwickeln. Entsprechend der jeder "Administrativjustiz" feindlichen Zeitströmung ist er in seiner Zuständigkeit immer mehr eingeschränkt worden - man hielt ihn nicht für unabhängig und sah seine Tätigkeit letztlich nur als Kabinettsjustiz an (17). Um 1860 schließlich ist der Wirkungsbereich des Staatsrats als erkennende Behörde auf einige ganz wenige Angelegenheiten beschränkt gewesen (18).

Das Fehlen einer Kontrolle der Verwaltungstätigkeit durch eine mit weitreichender Zuständigkeit ausgestattete Institution wurde in Bayern auch nicht etwa durch die "steigende Entwicklung des Verfassungslebens" (19) wettgemacht. Die Stellung des Landtags war - wohl besonders infolge der fehlenden ständischen Tradition - doch nicht stark genug, um ähnlich wie in Württemberg eine wirksame Kontrolle der Verwaltung durch die Volksvertretung zu garantieren (20).

Es war deshalb nicht verwunderlich, daß um das Jahr 1860 die liberale Forderung der Revolutionszeit, einen unabhängigen Rechtsschutz gegenüber der öffentlichen Gewalt zu schaffen, wieder aufgegriffen wurde (21). Allerdings war die Bewegung, die auf die Konstituierung einer modernen Verwaltungsgerichtsbarkeit hinarbeitete, keineswegs so stark wie in Preußen, wo sich nach den Ereignissen der Reaktionszeit die Erkenntnis von der Notwendigkeit einer Kontrolle der Verwaltung bis weit über die liberal gesinnten Kreise hinaus durchgesetzt hatte. Die Verfechter einer unabhängigen Verwaltungsrechtspflege hatten es deshalb schwer, sich gegen

(16) vgl. § 182 der Reichsverfassung von 1849: "Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hört auf, über alle Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte" (zit. bei JELLINEK, VR. S. 91).

(17) vgl. SEYDEL-PILOTY, S. 323 f. und KAHR, S. XXXII f.

(18) vgl. BRAUNWART, FestschrVGh., S. 5 f.

(19) SEYDEL-PILOTY, S. 324

(20) vgl. SEYDEL-PILOTY, S. 227; "An sich ist die Regierungs- und Verwaltungstätigkeit dem Einfluß des Landtags entrückt"; über das beschränkte "Petitions-" und "Beschwerderecht" vgl. a.a.O., S. 237 ff.

(21) Insbesondere setzte sich der bedeutende fortschrittlich gesinnte Politiker und Publizist KARL BRATER für unabhängige Verwaltungsgerichte mit umfassender Zuständigkeit ein; vgl. BJ 7, 1857, S. 1 ff. und seine späteren Ausführungen in der KdAbg. (vgl. SEYDEL-PILOTY, S. 403 f.)

den Widerstand der Regierung durchzusetzen. Diese Regierung sah die Exekutive als "den eigentlichen Ausdruck der Staatsgewalt" an und erblickte in der einzu-richtenden Verwaltungsgerichtsbarkeit eine "fremde und hindernde Macht" (22). Parlamentarische Verhandlungen in der Mitte der sechziger Jahre blieben demge-mäß erfolglos. Erst nach Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Baden und Preußen kam schließlich im Jahre 1878 das "Gesetz über die Errichtung eines VGH. und das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen" zustande - ein Gesetz, das in der beschränkten Zuständigkeit, die es dem BayVGH einräumte, deutlich die Zei-chen von Kompromissen trug, die die Abgeordnetenversammlung hatte in Kauf neh-men müssen (23).

2. Ebenso wie das bayerische Verwaltungsgerichtsgesetz selbst ist auch die Er-messens-Rechtsprechung des BayVGH., die sich auf Grund die-ses Gesetzes entwickelte (24), durch die ablehnende Haltung der Regierung ge-genüber der Verwaltungsrechtspflege in erheblichem Umfang beeinflusst worden. Der Gerichtshof hat sich nämlich offensichtlich bemüht, auf die "Abneigung" der königlichen Regierung, "die Staatsgewalt für ihre gegen den einzelnen Staats-bürger gerichteten Verwaltungshandlungen vor dem Richter verantwortlich zu machen" (25), Rücksicht zu nehmen. Er hat bei der Abgrenzung des unüberprüf-baren EBereichs eine weit größere Zurückhaltung zu Gunsten der Verwaltungsbe-hörden gezeigt, als man an sich entsprechend der allgemeinen liberalen Zeitströ-mung - zu scharfen Eingriffen drängende besondere politische Ereignisse wie in Preußen oder eine in der entgegengesetzten Richtung wirkende bewährte Tradi-tion wie in Württemberg gab es in Bayern ja nicht - hätte erwarten sollen (26).

(22) SEYDEL-PILOTY, S. 403

(23) vgl. BRAUNWART, FestschrVGH., S. 15; PILOTY (Seydel-Piloty, S. 419) spricht davon, daß in einer solchen begrenzten Bemessung der Zuständigkeit des BayVGH nur eine "vorläufige Abschlagszahlung" habe erblickt werden können.

(24) Gem Art. 13 Abs. 1 Ziff. 3 bayVGG, erstreckte sich die Zuständigkeit des Gerichtshofs "nicht auf Angelegenheiten und Fragen, in welchen die Verwal-tungsbehörden nach ihrem E. zu verfügen berechtigt sind".

(25) BRAUNWART, a. a. O., S. 15

(26) Begünstigt wurde diese Haltung allerdings dadurch, daß in Bayern "nament-lich in den sechziger und siebziger Jahren eine außerordentlich tüchtige Ver-waltungsbeamtenschaft mit vorwiegend liberaler Weltanschauung, eine ob-jektive Wirksamkeit zu entwickeln bestrebt war" (BRAUNWART, a. a. O., S. 10).

insbesondere hat der BayVGh. bei der Beurteilung der unbestimmten Gesetzesbegriffe eine "übergroße Peinlichkeit und Vorsicht" (27) an den Tag gelegt, indem er in aller Regel nur dann nachgeprüft hat, wenn der betreffenden Gesetzesbestimmung noch "hinreichend feste Richtpunkte" (28) beigelegt waren. **W i d e r s p r ü c h e** zu dieser Behandlung der unbestimmten Begriffe ergaben sich aber daraus, daß der Gerichtshof bisweilen doch auch ohne Vorhandensein solcher "Richtpunkte" zu einer Überprüfung gezwungen war - sofern er nämlich nicht Vorschriften, die seine Zuständigkeit für wichtige Rechtsstreitigkeiten begründeten, weitgehend ihrer Bedeutung berauben wollte (29). Diese Widersprüche wurden noch dadurch vermehrt, daß der Gerichtshof, auch ohne daß er durch den eben genannten Grund dazu genötigt gewesen wäre, des öfteren in Fällen von weniger weittragender Bedeutung völlig unbestimmte Begriffe einer Nachprüfung unterworfen hat.

Für die eben skizzierte, im allgemeinen "außerordentlich zurückhaltende" (30) Einstellung des BayVGh. zum EProblem mit ihren offenen Widersprüchen seien nachstehend einige Beispiele angeführt.

Besonders aufschlußreich, und zwar einmal wegen der Vergleichsmöglichkeiten zur preußischen und württembergischen Rechtsprechung und zum andern wegen der später zu erörternden Änderung der Praxis des BayVGh., erscheint die Behandlung des Begriffs der "N o t w e n d i g k e i t". Während das PrOVG. in den ersten Jahrzehnten seines Bestehens, wie oben geschildert, wenigstens in einem großen Teil der zur Entscheidung kommenden Fälle die Notwendigkeit einer angeordneten Maßnahme nachgeprüft hat, betrachtete der BayVGh. diese Frage (31) ebenso wie

(27) VERVIER, Sp. 403

(28) E. v. 1. 10. 15 (36/179 ff., 182)

(29) So die öffentlich-rechtliche Parteistreitigkeiten zwischen den Trägern der Armenpflege betreffende Bestimmung des Art. 10 Ziff. 5 bayVGG. Diese Vorschrift hätte den größten Teil ihrer Bedeutung eingebüßt, wenn der Gerichtshof Begriffe wie "Hilfsbedürftigkeit", "dringende" Hilfeleistung usw. als unüberprüfbar angesehen hätte; zur widerspruchsvollen Behandlung der Frage der "Hilfsbedürftigkeit" vgl. Näheres gegen Ende dieses Abschnittes.

(30) BRAUNWART, a. a. O., S. 27

(31) Die Problematik des Begriffs der "Notwendigkeit" war in den durch den BayVGh. entschiedenen Streitigkeiten über Anordnungen der Staatsaufsichtsbehörden (Art. 10 Ziff. 1-4 bayVGG.) dieselbe wie in den durch das PrOVG. und den WürttVGh. behandelten polizeirechtlichen Fällen (s. oben Abschn. I A 2 u. I B 2); vgl. JELLINEK, Ges., S. 83 f. u. BÜHLER, SubjR., S. 395

der WürttVGH. als eindeutig zum Bereich des freien E. gehörig: Die letztinstanzliche Entscheidung der Frage, ob die von Staatsaufsichtswegen einer Gemeinde zur Erfüllung ihrer ortspolizeilichen Aufgabe auferlegte Leistung notwendig .. sei, ist der Zuständigkeit des VGH. entrückt" (32); denn "der VGH. hat sich immer nur mit der Feststellung der bestrittenen Rechte und Verbindlichkeiten zu befassen", während die Frage der Notwendigkeit einer Leistung "bezüglich deren die gesetzliche Verbindlichkeit feststeht, .. als EFrage der Verwaltung vorbehalten" ist (33) (34).

Ein ähnlicher Unterschied wie bezüglich der Frage der Notwendigkeit hat zwischen der Rechtsprechung der obersten Verwaltungsgerichte Bayerns und Preußens auch hinsichtlich des "Bedürfnisses" im Gaststättenrecht bestanden (35). Zwar haben beide Gerichte übereinstimmend den Begriff des Bedürfnisses als zum Bereich des freien E. gehörig behandelt; während aber das ProVG, die Entscheidungen der Gewerbepolizei immerhin darauf kontrolliert hat, ob die Grenzen des freien E. gewahrt blieben, hat sich der BayVGH. "für überhaupt nicht zuständig" gehalten, "in eine Nachprüfung der .. Bedürfnisfrage einzutreten" (36). So hat er z. B. in einer Entscheidung aus dem Jahre 1889 (37) nach eingehender Untersuchung der Frage, ob nicht doch in gewissen Fällen der behaupteten Überschreitung "über die Gesetzmäßigkeit des Verfahrens auf verwaltungsrechtlichem Wege Entscheidung zu treffen sei", jede Überprüfung als unzulässig abgelehnt.

Ebenso wie die Frage des "Bedürfnisses" hat der BayVGH. in ständiger Rechtsprechung auch die Entscheidung darüber, ob gewerbliche Anlagen "erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen herbeiführen können" (38), als seiner Zuständigkeit entrückt angesehen. Als Begründung dafür hat er angegeben, daß "Streitfragen, deren Entscheidung .. nach Rücksichten des öffentlichen Interesses zu treffen ist, ohne daß die Voraussetzungen, unter denen eine Gefährdung des öffentlichen Interesses soll angenommen werden dürfen, im Gesetze näher

(32) E. v. 25. 11. 1881 (3/384 ff., 384)

(33) E. v. 26. 4. 1881 (2/710 ff., 717)

(34) In den einschlägigen Bestimmungen (vor allem Art. 38 mit Art. 157 rechtsrh. GemO. v. 29. 4. 1869) war meist ausdrücklich von der Zulässigkeit der staatsaufs. Anordnung, die "nötigen" Gemeindegebäude, die "erforderlichen" Feuerlöschanstalten usw. herzustellen, die Rede.

(35) Früher § 33 GewO.

(36) E. v. 13. 6. 06 (27/125 ff., 127); vgl. auch E. v. 27. 11. 1895 (17/83 ff., 85)

(37) v. 28. 12. 1889 (11/553 ff., 553-555)

(38) § 16 GewO.

bezeichnet wären, den sogenannten "Efragen" zuzuzählen" seien (39)

Als in der Literatur viel genanntes Beispiel für die **W i d e r s p r ü c h e**, die in der ERechtsprechung des BayVGH zu beobachten sind, sei die Behandlung des Begriffs der "Hilfsbedürftigkeit" im Fürsorgerecht erwähnt. Das Problem, ob Entscheidungen der Verwaltungsbehörden, in denen diese "Hilfsbedürftigkeit" bejaht oder verneint wurde, nachgeprüft werden könnten, trat an den BayVGH in zweierlei Gestalt heran, einmal in den Streitigkeiten der Träger der Armenpflege gegeneinander über die Ersatzpflicht für geleistete öffentliche Unterstützung und zum andern in den Beschwerden der Gemeinden über Fürsorgeleistungen, die ihnen im Staatsaufsichtsverfahren angeblich zu Unrecht auferlegt worden waren.

Der BayVGH hat nun im Falle der Ersatzstreitigkeiten zwischen den Trägern der Armenpflege die Frage der Hilfsbedürftigkeit als "Inzidentpunkt" behandelt, den er als "Vorfrage ohne Zweifel würdigen" müsse (40). Im anderen Fall der Beschwerden von Gemeinden jedoch hat er in seinem Bestreben, der Staatsverwaltung keinen Anlaß zu Klagen über ungerechtfertigte Eingriffe in deren Handlungsfreiheit zu geben, mit ausführlicher Begründung die entgegengesetzte Ansicht vertreten. Die Frage der Hilfsbedürftigkeit "charakterisierte" sich als eine "Efrage", da für deren "Würdigung der weiteste Spielraum gegeben" sei (41).

Es kann nicht verwundern, daß diese verschiedene Behandlung ein und desselben Begriffs je nachdem, ob die staatliche Verwaltung an den zu entscheidenden Streitigkeiten beteiligt war oder nicht, bald eine umfangreiche **K r i t i k** hervorgerufen hat. So hat der bedeutendste Kritiker innerhalb der bayerischen Verwaltungsrechts-Wissenschaft, MAX VON SEYDEL, mit Recht darauf hingewiesen, daß es sich auch bei der Beschwerde gegen die Staatsaufsichtsbehörde um eine Rechtsstreitigkeit handle; nach den sonst vom BayVGH vertretenen Grundsätzen müsse dieser auch hier über die Frage der Hilfsbedürftigkeit als eine Vorfrage befinden (42).

Die Kritik an der Einstellung des BayVGH zum EProblem ist im übrigen nicht auf den eben angeführten Punkt beschränkt geblieben, sondern hat sich auch auf die widerspruchsvolle Behandlung der Fragen erstreckt, die sich bei gewerberechtlichen Streitigkeiten ergaben. Es konnte auch wirklich nicht schwer fallen, solche

(39) E. v. 26. 1. 1883 (4/311 ff., 315); vgl. auch E. v. 12. 10. 1880 (2/106 f.)

(40) E. v. 6. 10. 1885 (6/235)

(41) E. v. 23. 3. 1880 (1/204 ff., 206)

(42) Seydel, Bd. I, S. 591, Anm. 44

Widersprüche festzustellen! Vielleicht mochte es noch angehen daß der Gerichtshof im Gaststättenrecht die Frage des "Bedürfnisses" und die der "persönlichen Qualifikation" des Antragstellers (43) mit der Begründung verschieden behandelt hat daß die Beurteilung der persönlichen Eignung im Gegensatz zu der des Bedürfnisses an "genugsam bestimmte tatsächliche Voraussetzungen" geknüpft sein (44). Völlig willkürlich mußte es jedoch dann erscheinen wenn der BayVGh gelegentlich auch solche Begriffe als seiner Nachprüfung unterworfen angesehen hat, in denen von der gesetzlichen Festlegung "bestimmter tatsächlicher Voraussetzungen" keine Rede sein konnte. So etwa in jener Entscheidung, in der die Frage des Obwaltens eines "höheren Interesses der Kunst oder Wissenschaft" bei einem Schauspielunternehmen (45) eingehend überprüft worden ist (46). Weiter in jenem Satz, der feststellte, daß das Urteil darüber, ob "Druckschriften in sittlicher oder religiöser Beziehung Ärgernis zu geben geeignet" sind (47) keineswegs auf einer "freien Frage" basiere (48) (49).

(43) Früher § 33 Abs. II Ziff. 1 GewO.

(44) E. v. 27. 10. 1880 (2/140 ff., 144)

(45) § 33a Abs. I GewO.

(46) E. v. 13. 2. 1895 (16/181 ff., 183)

(47) § 56 Ziff. 12 GewO.

(48) E. v. 17. 11. 1897 (19/50 ff., 51)

(49) Diese scheinbar willkürlichen Abweichungen von der allgemeinen Linie der Rechtsprechung des BayVGh. dürfen wohl als Bestätigung der früher ausgesprochenen Ansicht gedeutet werden, daß die Zurückhaltung gegenüber der Frage nur durch die "Rücksichtnahme" auf die Regierung bedingt gewesen ist. In den wichtigeren Fällen ist dementsprechend dem freien E. ein weiter Raum gelassen worden, in solchen von geringerer Wichtigkeit dagegen ist die wirkliche Einstellung - wenigstens eines Großteils - der Richter des BayVGh. zur Geltung gekommen.

Abschnitt II

A

Zur Erklärung der Eigenart der Rechtsprechung der obersten deutschen Verwaltungsgerichte in den ersten beiden Jahrzehnten nach deren Errichtung ist es nötig gewesen, ausführlich auf die staatspolitische Entwicklung der einzelnen Länder einzugehen. Für die Zeit nach der Jahrhundertwende dagegen ist es erforderlich - wie andererseits auch genügend -, im wesentlichen die verfassungspolitischen Strömungen im Reiche zu betrachten. Denn seit 1871 hatte sich im deutschen Gesamtstaat ein einheitliches politisches Leben entwickelt, welches dasjenige der einzelnen Länder bald an Bedeutung übertrifft und ihm weitgehend das Gepräge gegeben hatte (1).

Dieses neuentwickelte politische Leben des Reiches war in den ersten Jahren nach der Reichsgründung in seinen Hauptzügen durch die Ideen des Liberalismus bestimmt worden. Dabei war jedoch die große Masse der hinter den liberalen Parteien stehenden Wähler keineswegs wirklich voll und ganz vom liberalen Gedankengut durchdrungen gewesen. Der Liberalismus hatte vielmehr seine Anhänger überwiegend nur in seiner Eigenschaft als Träger der endlich zum Ziel gelangten deutschen Einheitsbewegung gewonnen (2).

Die Gefahren, die sich aus dieser Schwäche der liberalen Parteien ergaben, hatten sich bald gezeigt. Im Zusammenhang mit der unglücklichen Taktik der National-Liberalen gegenüber der Bismarckschen Innenpolitik (3) unter den Auswirkungen der neuen Agrarpolitik und wohl auch als Folge der Verständnislosigkeit

(1) Auch in Preußen wurde, wie die Kämpfe um die Reform des Wahlrechts zeigen (vgl. KLEIN-HATTINGEN, Gesch. S. 587 ff. und HEUSS, Naumann, S. 282 f.), die Innenpolitik durch die des Reiches stark überschattet - mochte es auch den führenden Schichten bis 1918 noch gelingen, das ihre Vorherrschaft sichernde Dreiklassenwahlrecht gegen alle Angriffe zu verteidigen und mochte auch die in der Blütezeit des Konservatismus nach 1880 einsetzende "Reaktion in der inneren Verwaltung Preußens" (Titel einer 1908 erschienenen Schrift von SCHÜCKING) in Form von Besetzung der hohen Verwaltungsstellen durch Angehörige der konservativen Kreise bis zur Revolution noch fortdauern.

(2) vgl. HEUSS, Naumann, S. 183

(3) BERGSTRÄSSER, Part., S. 174

keit vor allem der Links-Liberaler in bezug auf die soziale Frage (4) hatte die Zahl der Anhänger der fortschrittlichen Parteien immer stärker abgenommen (5). Als Folge der Mandatsverluste im Reichstag war dann auch der politische Einfluß dieser Parteien entscheidend zurückgegangen.

Dem Liberalismus war aber im 1880 nicht nur ein großer Teil seiner ihm ohnehin oft nur lose verbundenen Wählermassen verloren gegangen. Es hatte vielmehr auch in der überwiegend wirklich liberal eingestellten Schicht des gebildeten Bürgertums eine "merkwürdige Rückflutung" eingesetzt, "bei der die Söhne konservativer wurden, als die Väter gewesen waren" (6). Darüber hinaus hatte das liberale Gedankengut auch noch dadurch an Schlagkraft verloren, daß eine gewisse Befriedigung und Sättigung durch das in den vergangenen Jahrzehnten auf politischem Gebiet Erreichte eingetreten war. Weite Kreise der Bevölkerung hatten das Interesse an der Politik völlig verloren und widmeten sich nur noch dem mächtig aufblühenden Wirtschaftsleben (7).

Nach diesen, vom Standpunkt des politischen Fortschritts aus gesehen, "matten Jahrzehnten" seit etwa 1880 begannen sich erst zu Beginn des neuen Jahrhunderts wieder liberale und demokratische Tendenzen in stärkerem Maße bemerkbar zu machen. Insbesondere wandte sich ein nicht geringer Teil des dem Liberalismus fremd gewordenen gebildeten Bürgertums, und zwar vor allem die jüngere Generation, wieder fortschrittlichen Gedankengängen zu. Es geschah dies aus Protest gegen die Überschätzung des neu gebildeten Reichtums (8), gegen Veräußerlichung und Materialisierung, gegen die Zerkluftung der Nation in sich einander bekämpfende Klassen und gegen die bisherige Stagnation des innenpolitischen Lebens. Einer der bedeutendsten Wortführer dieses jungen Bürgertums war FRIEDRICH NAUMANN. Dieser konnte mit dem Kampfruf "Es fehlt Fortschritt. Liberalismus!" (9) und

(4) BERGSTRÄSSER, Part., S. 181

(5) Zur Parteienentwicklung vgl. die graph. Darstellung "Die Fraktionen im Deutschen Reichstag 1871/1907" im Anhang von NAUMANN, Part.

(6) NAUMANN, Part., S. 65; nach HARTUNG, VerG., S. 301 "stirbt" in den 80er Jahren in Preußen "beim höheren Beamtentum der Typus des liberalen Geheimrats ... aus".

(7) vgl. v. FREYTAG-LORINGHOVEN: Die Weimarer Verfassung in Lehre und Wirklichkeit, S. 4; so war selbst die - um 1880 in ihrer alten Gestalt zerbrochene - nationallib. Partei immer mehr zu einer bloßen Verfechterin der wirtschaftlichen Interessen des Großbürgertums geworden (vgl. MOMMSEN, PolGesch., S. 84); nach ROSENBERG (S. 33) war dem "deutschen Bürgertum ungefähr seit 1880 politisch das Rückgrat gebrochen".

(8) vgl. APELT, S. 134

(9) NAUMANN, Part., S. 115

durch die Verbindung sozialer und nationaler Gesichtspunkte in seiner national-sozialen Bewegung (10) einen zwar zahlenmäßig nur recht kleinen, an Persönlichkeiten aber dafür desto reicheren Kreis um sich versammeln (11) (12).

Die Stärke der neuen fortschrittlichen Strömungen zeigte sich im politischen Leben in doppelter Hinsicht: einmal in jener "demokratischen Welle der Vorkriegszeit" (13), die in den Ländern auf die Anerkennung des allgemeinen, gleichen, geheimen und direkten Wahlrechts (14) und im Reich auf eine Annäherung an die parlamentarische Regierungsform hinauslief (15); zum andern in den Bemühungen besonders der liberalen Gruppen, das politische "Schwächegefühl" und den Hang zur "Flucht in einen bindingslosen Subjektivismus" (16) zu überwinden und den

(10) Über deren Schicksal vgl. BERGSTRÄSSER, Part., S. 205

(11) Nach SOHM (zit. bei HEUSS, Naumann, S. 169) war "die Zahl derer, die durch nationalsoziale Gedanken beeinflusst" wurden, "größer als die Zahl der eingeschriebenen Mitglieder"; sie fanden sich "in allen Parteien".

(12) Dieses neue Sich-Regen im deutschen politischen Leben darf wohl als ein Teil der "großen geistigen Bewegungen" betrachtet werden, die nach LANGE (Der Rechtsstaat als Zentralbegriff der neuesten Strafrechtsentwicklung, 1952. S. 9) "seit der Wende des Jahrhunderts . . durch das Abendland gingen".

(13) HEFFTER, Selbstv., S. 773

(14) Dieses Wahlrecht wurde für die zweiten Kammern mit einigen Abschwächungen u. a. in Bayern, Baden u. Württ. in den Jahren 1904 - 06 und in Hessen i. J. 1909 eingeführt (vgl. HARTUNG, VerfG., S. 304); in Preußen war das Dreiklassenwahlrecht im Jahrzehnt vor dem Weltkrieg wie auch während des Krieges heftigen Angriffen ausgesetzt.

(15) FEINE (Das Werden des dt. Staates seit dem Ausgang des Heiligen Römischen Reiches, 1936, S. 368) spricht von der "ersten deutlichen Annäherung an das parlamentarische System", die sich im Rahmen der Blockpolitik um 1908 gezeigt habe; BERGSTRÄSSER (Part., S. 217 f.) sieht in dem ersten Mißtrauensvotum, das der Regierung vom Reichstag formell ausgesprochen wurde (Dez. 1913), "ein Vorfühlen zum Parlamentarismus hin"; von 1917 an näherte sich das deutsche Regierungssystem dem Parlamentarismus immer mehr, bis dieser schließlich im Oktober 1918 endgültig zum Durchbruch kam.

(16) HEUSS, Naumann, S. 183

Willen zur Übernahme politischer Macht und Verantwortung zu stärken (17).

Getragen wurden die neuen politischen Bestrebungen von den Links- und den National-Liberalen, von dem nach innerparteilichen Kämpfen sich durchsetzenden revisionistischen Flügel der Sozialdemokratischen Partei (18) und schließlich auch von einem bedeutenden Teil des Zentrums (19). Alle diese Parteien bzw. Parteirichtungen hatten, so sehr sie sich im übrigen in ihren politischen Zielsetzungen auch voneinander unterschieden, doch das Gemeinsame einer demokratischen Grundhaltung. Weiter stimmten die genannten Parteien auch darin überein, daß es sich bei der angestrebten Demokratie um eine rechtsstaatliche handeln müsse, d.h. um eine Demokratie, in der auch das Volk als oberste Instanz sich an die Grundrechte und an die Grundsätze der Gewaltenteilung, des Vorbehalts des Gesetzes, der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der richterlichen Kontrolle der Akte der vollziehenden Gewalt als die Grundprinzipien des Rechtsstaates gebunden fühlen müsse. Diese harmonische Verbindung von Demokratie und Rechtsstaat wurde in jenen Jahrzehnten wohl so sehr als "selbstverständlich" angesehen (20), daß sich in den programmatischen Erklärungen der demokratischen Parteien kaum - wie dies etwa ein halbes Jahrhundert vorher der Fall ge-

(17) So kam es durch die Mitwirkung der Liberalen, die "der unfruchtbaren Negation müde" waren (HARTUNG, VerfG., S. 295), zur "Blockpolitik" (1906 - 1909); denselben Motiven entsprang der Zusammenschluß der links-liberalen Gruppen zur "Fortschrittlichen Volkspartei" im Jahre 1910; "den politischen Willen zu stärken" und "der kommenden deutschen Linken" zu dienen (aus der Anweisung an die Mitarbeiter - zit. bei HEUSS, Naumann, S. 295), sollte auch Aufgabe des "Deutschen Staatslexikons" sein, dessen Herausgabe durch NAUMANN mit BASSERMANN, STRESEMANN, DAVID, ANSCHÜTZ, MAX WEBER und anderen als Mitarbeitern) nur durch den Beginn des ersten Weltkrieges verhindert wurde; in dieselbe Richtung zielte auch HUGO PREUSS' Versuch, zur Überwindung des "Obrigkeitssystems" das deutsche Volk zu eigenverantwortlicher Mitarbeit aufzurufen - vgl. Das deutsche Volk und die Politik, 1915, bes. S. 183 ff.

(18) vgl. BERGSTRÄSSER, Part., S. 207 f.; ROSENBERG, S. 53

(19) vgl. ROSENBERG, S. 50 f. und APELT, S. 133

(20) vgl. KÄGI, "Rechtsstaat und Demokratie" (Festgabe Giacometti, 1956, S. 10 ff.), S. 107

wesen ist - rechtsstaatliche Forderungen finden (21).

Dagegen traten die rechtsstaatlichen Bestrebungen, die entsprechend der "unauflösbaren Zusammengehörigkeit, ja recht eigentlich Schicksalsgemeinschaft" (22) zwischen Rechtsstaat und Demokratie die demokratische Bewegung der ersten beiden Jahrzehnte des 20. Jahrhunderts begleitet haben (23), deutlich in der Rechtsprechung der obersten Verwaltungsgerichte und in besonders starkem Maße in der Verwaltungsrechts-Wissenschaft zutage.

In der Verwaltungsrechts-Wissenschaft wurde das von LABAND und LEUTHOLD Ende der siebziger Jahre zuerst vertretene und zur gleichen Zeit erstmals vom PrOVG. praktisch angewandte (24) Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung allgemein anerkannt. Weiter wurde - was hier vor allem interessiert - eine Verstärkung der Rechtskontrolle durch Einschränkung des Bereichs des Verwaltungse. weithin für nötig erachtet (25).

In der Praxis des PrOVG., des BayVGH. und auch - allerdings noch sehr schwach - in der des WürttVGH. zeigten sich neue Bestrebungen, die eigene Zuständigkeit auf Kosten des Verwaltungse. zu erweitern. - Es wird darauf im folgenden noch einzugehen sein.

In außerordentlich hohem Maße ist die Rechtsprechung des durch Gesetz vom 19. 7. 1900 neuerrichteten S ä c h s i s c h e n OVG. für die rechtsstaatlichen Strömungen der ersten beiden Jahrzehnte nach 1900 kennzeichnend. Das SächsOVG. hat den Raum des freien E. der Behörden, obwohl es dazu kaum durch die politische Vorgeschichte der sächsischen Verwaltungsgerichtsbarkeit gedrängt worden ist, ebenso stark wie das PrOVG., ja teilweise noch stärker als dieses, eingeschränkt.

(21) Daß rechtsstaatliche Tendenzen aber doch vorhanden waren, zeigt sich etwa in dem 1908 - also während der Periode der "Blockpolitik" - von den Liberalen durchgesetzten Versammlungsgesetz (RGBl. 151 ff.), das nach FÜSSLEIN (Versammlungsges., 1954, S. 3) "die wichtigste Etappe in der Überwindung des Polizeistaates auf diesem Gebiete" darstellt.

(22) KÄGI, a. a. O., S. 107

(23) vgl. etwa C. SCHMITT, Hugo Preuß, 1930, wo S. 9 von PREUSS gesagt wird, daß er in einer "gleichzeitig liberalen und demokratischen Opposition" gestanden habe.

(24) vgl. BÜHLER, SubjR., S. 78 u. 81 sowie THOMA, Der Polizeibefehl im badi-schen Recht, 1906, S. 107

(25) Näheres darüber unten Abschn. II B

Es hat nach anfänglichem Schwanken die unbestimmten Begriffe in aller Regel als überprüfbare Rechtsbegriffe behandelt (26) und hat auch eine sehr weitgehende Kontrolle auf Fehler ausgeübt (27) (28).

B

Am stärksten haben sich die rechtsstaatlichen Strömungen der Zeit zwischen 1900 und 1918 in der verwaltungsrechtlichen Literatur niedergeschlagen. Alle Autoren, die in diesen beiden Jahrzehnten in grundsätzlicher und umfassender Weise zum EProblem Stellung genommen haben, sind für eine Einschränkung des Bereichs des freien E. der Verwaltung eingetreten. Allerdings haben sich dabei erhebliche Meinungsverschiedenheiten über Art und Umfang dieser Einschränkung und über deren theoretische Begründung gezeigt, und es hat auch nicht an einer oft sehr heftigen gegenseitigen Kritik gefehlt (1). Trotzdem aber stimmen doch alle jene Veröffentlichungen in ihrer Grundtendenz, den Rechtsschutz gegenüber der öffentlichen Gewalt auf Kosten des VerwaltungsE. zu verstärken, überein. HOF-ACKER hat deshalb wohl recht, wenn er im Jahre 1922 meint, daß vor "einer Reihe von Jahren .. der Kampf gegen das freie E. .. wie auf Verabredung" losgegangen sei (2).

Diese einheitliche Grundhaltung zum EProblem, die sich in den Werken der seinerzeit jungen BÜHLER, WALTER JELLINEK, STIER-SOMLO und LAUN findet, läßt sich nach Ansicht des Verfassers gar nicht anders als damit erklären, daß jene Autoren den "fortschrittlichen" politischen Strömungen jener Zeit nahestanden haben müssen. Es handelte sich bei ihnen eben um Angehörige jener jungen Generation des gebildeten Bürgertums, von der APELT sagt, daß sich deren "Be-

(26) So die Begriffe des "öffentlichen Interesses" und der "Notwendigkeit"; vgl. dazu BÜHLER, SubJR., S. 429 f., 433 und 435 f.

(27) vgl. BÜHLER, SubJR., S. 450 ff.

(28) Der Verfasser hatte ursprünglich die Absicht, die Rechtsprechung des SächsOVG. in die Untersuchung einzubeziehen. Leider mußte er davon aber absehen, da die z. Zt. nicht mögliche Benutzung sächsischer Bibliotheken für die Bearbeitung besonders der Vorgeschichte der sächsischen Verwaltungsgerichtsbarkeit unerläßlich erschien.

(1) vgl. etwa zur scharfen Kontroverse zwischen BÜHLER und W. JELLINEK: W. JELLINEK, ArchÖffr., 1914/602 ff.

(2) WürttZ. 1922/54

ziehungen zur Monarchie" in der Zeit vor dem ersten Weltkrieg vielfach gelockert hätten (3) (4).

Allerdings finden sich in den Werken jener Autoren nur recht wenige Hinweise auf die Absicht, im rechtsstaatlichen Sinne auf eine Verstärkung des Rechtsschutzes gegenüber der öffentlichen Gewalt hinzuwirken. Vielmehr ist von allen Autoren "mehr oder weniger versucht" worden, "mittels abstrakt logischer Konstruktion eine Begriffsbestimmung" des freien E. zu gewinnen (5). Dieser Erscheinung kann jedoch ~~keine~~ Bedeutung als Argument gegen das hier angenommene Bestehen einer inneren Verbindung zwischen den liberalen und demokratischen Tendenzen des politischen Lebens und der Behandlung des EProblems in der Zeit vor dem ersten Weltkrieg beigemessen werden. Einmal überschneit sich nämlich mit der Erörterung des EProblems unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes das ~~rechts-~~ ~~theoretische~~, abstrakte Begriffsbestimmungen notwendig erscheinen lassen- de Bemühen, "aus dem Verhältnis von Verwaltung und Rechtssatz die Eigenart der Verwaltung zu entwickeln" (6). Zum andern aber handelte es sich bei den abstrakt- logischen Gedankengängen weitgehend überhaupt nur um "d o g m a t i s c h e V e r b r ä m u n g e n" (7) des eigentlichen rechtsstaatlichen Anliegens; um Verbrämungen, die wohl für nötig gehalten wurden, um den rechtsschutzfreundlichen Lehren und Ansichten das erforderliche Gewicht zu verleihen. Schließlich darf wohl auch angenommen werden, daß in den Jahren um 1910 der Rechtsschutzge- danke hier und da als "im Zuge der Zeit" liegend mehr im Unbewußten wirksam

(3) APELT, S. 134

(4) Auch die Werke des Schweizer FLEINER, der von 1906 bis 1915 an deutschen Universitäten gelehrt hat, zeigen deutlich rechtsstaatliche Tendenzen (vgl. Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., 1912, S. 126, 128 und 354 sowie "Einzelrecht und öffentliches Interesse" in Festgabe für Laband, 1908, Bd. II, S. 11 f.). Fleiner darf jedoch wohl nicht gemeinsam mit den oben erwähnten Autoren genannt werden, weil angenommen werden muß, daß seine Anschauungen im wesentlichen im S c h w e i z e r Verfassungs- und politischen Leben wurzeln. - Ein Schlaglicht auf die seinerzeit in der deutschen Wissenschaft vom Öffentlichen Recht vorherrschenden Strömungen wirft es aber, daß es während Fleiners Lehrtätigkeit in Tübingen und Heidelberg nach IM HOF (Schweizer Juristen der letzten hundert Jahre, S. 462) "weiten Kreisen in Deutschland gar nicht bewußt wurde, daß Fleiner ein Schweizer sei".

(5) SCHOEN, VA. 27/102, Anm. 36

(6) FORSTHOFF, S. 73

(7) vgl. DÜRIG, JZ. 53/535

geworden ist (8) - war doch das Rechtsschutzproblem seinerzeit kein Problem ersten Ranges, das in der öffentlichen Diskussion eine besondere Rolle gespielt hätte. - Es kann in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, daß auch in der Zeit der Weimarer Republik in der Rechtsprechung und im einschlägigen Schrifttum "merkwürdigerweise" kaum irgendwo auf die politische Neugestaltung und insbesondere auf die WV. verwiesen worden ist; und zwar auch in denjenigen Fällen nicht, die sich für eine Bezugnahme geradezu anboten (9) Und es darf weiter daran erinnert werden, daß selbst nach 1945 noch einige Zeit die "logisch begrifflichen" Begründungen weit überwogen haben und daß diese auch heute noch eine nicht unbedeutende Rolle spielen.

Im übrigen gibt es aber doch auch einige bedeutsame Zeugnisse dafür, daß bei den Stellungnahmen der erwähnten Autoren im Streit letztlich in aller Regel rechtsstaatliche Gedankengänge ausschlaggebend gewesen sind. So setzt BÜHLER gelegentlich einer kritischen Betrachtung der Einstellung LAUNS und W. JELLINEKS zu einer bestimmten Frage gleichsam selbstverständlich als "Grundtendenz einer solchen Behandlung der Frage" voraus, daß "auf diese Weise im rechtsstaatlichen Sinn die Wirksamkeit der Verwaltungsrechtsprechung .. ausgedehnt werden" solle (10). Weiter spricht etwa JELLINEK im Jahre 1929 aus der Rückschau davon, daß "das Ideal, an dem man vor dem Kriege verwaltungsrechtliche Einrichtungen maß .. der Rechtsstaat" gewesen sei (11).

Bestrebungen, den Bereich des freien E. einzuengen, hat es in der Verwaltungsrechts-Wissenschaft allerdings nicht erst in der Zeit vor dem ersten Weltkrieg, sondern auch bereits in den Jahrzehnten vor 1900 gegeben. Diese Bestre-

(8) vgl. HOFACKER, der (WürttZ. 1922/54) davon spricht, daß "der Umschwung der bisherigen (Ermessens-)Praxis mehr im Unausgesprochenen als im Ausgesprochenen zu liegen" scheine.

(9) vgl. JELLINEK, VR., S. 447

(10) SubjR., S. 167

(11) Reichsverfassung, S. 520

bungen sind jedoch im wesentlichen in **Österreich** zutage getreten (12). Im **Deutschen Reich** dagegen ist zu jener Zeit in der verwaltungsrechtlichen Literatur von einem Eintreten für die Ausdehnung des Rechtsschutzes auf dem Gebiet der Verwaltung noch nicht viel zu spüren gewesen (13).

- (12) Der im Vergleich zum Dt. Reich um mehr als zwei Jahrzehnte früher liegende Beginn des EStreits läßt sich wohl zum Teil daraus erklären, daß die Generalklausel des österr. VGG. von 1875 in Verbindung mit der Bestimmung dieses Gesetzes, daß der VGH. in Angelegenheiten des VerwaltungsE. unzuständig sei (§ 3 Buchst. e), eine baldige Klärung des EBegriffs notwendig erscheinen ließ; vor allem aber scheint auch hier die **politische Entwicklung** einen starken Einfluß ausgeübt zu haben. Während nämlich im Dt. Reich Ende der 70er Jahre die liberale Bewegung ihren Höhepunkt bereits überschritten hatte und in der Folgezeit die von ihr vertretenen fortschrittlichen Ideen stark an Anziehungskraft verloren haben, hat in Österreich das öffentliche Leben noch zwei Jahrzehnte länger unter dem Einfluß liberaler Anschauungen gestanden (im Dt. Reich hatte sich der Rückgang des liberalen Einflusses bereits bei den Wahlen der Jahre 1877/78 sehr deutlich bemerkbar gemacht; in Österr. dagegen ist nach FUNDER - Staatslexikon, Bd. III, 1929, Sp. 999 - "die liberale Macht zuerst im Wiener Gemeinderat 1895 jäh zusammengebrochen" und ist erst in den darauffolgenden Jahren eine "stürmische antilibérale Bewegung von der Reichshauptstadt aus durch ganz Österr." gegangen). Für die Richtigkeit einer solchen Erklärung der österr. Bestrebungen auf Einengung des Bereichs des VerwaltungsE. spricht im übrigen, daß T E Z N E R, der Hauptträger dieser Bestrebungen, sich eindeutig dazu bekannt hat, daß er sich nicht von dogmatischen Erwägungen hat leiten lassen, sondern daß seine Überlegungen einen politischen Hintergrund gehabt haben. Tezner erklärt nämlich (FrE. 1924, S. 9), daß er mit seiner ersten Schrift "Zur Lehre von dem freien E. der Verwaltungsbehörden ..." im Jahre 1888 eine Grundauffassung habe bekämpfen wollen, deren Träger "noch ganz im Banne der **autoritären** Ansprüche der absolutistischen, vormärzlichen, von dem beschränkten Untertanen- und Richterverstand ausgehenden Verwaltung" gestanden hätten; sein Ziel sei es gewesen, "den Bestrebungen, aus denen die Schaffung von Verwaltungsgerichten hervorgegangen ist, eine Gasse zu eröffnen".
- (13) Als Ausnahme sei v. SEYDELS Kritik an der ERechtsprechung des BayVGH. (vgl. Abschn. I C 2) erwähnt, und zwar insbes. v. Seydels Ansicht, daß Fragen des VerwaltungsE. **n i e m a l s** dort auftreten können, wo es sich um die Feststellung der Voraussetzungen eines **R e c h t s -** Anspruchs handelt (vgl. Seydel, Bd. I, S. 590 ff. mit Bd. III, S. 412 f.).

So hat GEORG MEYER in seinem "Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts" die Fragen des VerwaltungsE. nur in recht allgemeinen Sätzen dargestellt, mit denen er das eigentliche Problem, ob nämlich im einzelnen Streitfall richterliche Überprüfung möglich ist oder nicht, einer Lösung kaum näher gebracht hat. Insbesondere hat er sich dabei einer eigenen Stellungnahme zur Frage, ob und inwieweit dieses E. durch die Handhabung der Verwaltungsgerichtsbarkeit einzuschränken sei, völlig enthalten (14).

Das eben Gesagte gilt weitgehend auch für OTTO MAYERS Lehrbuch "Deutsches Verwaltungsrecht" (15). Allerdings hat Otto Mayer den - das unüberprüfbare Gebiet des VerwaltungsE. einschränkenden - bedeutsamen Grundsatz der "Verhältnismäßigkeit der Abwehr" für die Tätigkeit der Polizei ausgesprochen. Er hat dabei festgestellt, daß die Behörde eine "Machtüberschreitung" begehe, wenn sie statt des gelinden Mittels, das für die Beseitigung eines polizeiwidrigen Zustandes genüge, ein schärferes anwende (16). Aber auch diese Ausführungen können kaum als Beweis dafür dienen, daß es im Deutschen Reich bereits gegen Ende des 19. Jahrhunderts in der Literatur eine stärkere "ermessensfeindliche" Strömung gegeben habe: Otto Mayer ist nämlich bei der Aufstellung des genannten Grundsatzes offensichtlich maßgebend durch die Lehre der französischen Verwaltungsrechts-Wissenschaft vom "excès de pouvoir" (17) beeinflusst worden (18).

Es darf also behauptet werden, daß es in der reichsdeutschen Verwaltungsrechts-Wissenschaft eine starke, auf Einengung des Bereichs des VerwaltungsE. hinarbeitende "Rechtsstaatsbewegung" erst n a c h der Jahrhundertwende gegeben hat.

(14) a. a. O., Bd. I, 2. Aufl., 1893, S. 46 ff.

(15) vgl. Bd. I, 1. Aufl., 1895, S. 165 ff.

(16) a. a. O., Bd. I, 1. Aufl., 1895, S. 267 f.

(17) Übersetzung bei O. Mayer, a. a. O., S. 191; "Rekurs wegen Machtüberschreitung"; über den Zusammenhang zwischen dem Grundsatz der "Verhältnismäßigkeit der Abwehr" und dem "excès de pouvoir" vgl. auch O. Mayer, Theorie des franz. Verwaltungsrechts, 1886, S. 168 und TEZNER, Allg. österr. Gerichtszeitung 1888/356, Anm. 25; Tezner spricht a. a. O. davon, daß der "excès de pouvoir", sofern es sich um eine PolVerf. handle, "in dem Erlaß einer das Maß des Gebotenen überschreitenden Verfügung" bestehe.

(18) vgl. dazu Otto Mayers Selbstbekenntnis im Vorwort zur 2. Aufl. seines Lehrbuchs (Bd. I, S. VIII/IX), daß er "durch die Schule der franz. Rechtswissenschaft gegangen" sei.

Von den seinerzeit jungen Autoren, die es um 1910 unternommen haben, dem "Schwertgriff" des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung durch eine starke gerichtliche Kontrolle der Verwaltungstätigkeit die nötige "Klinge" zu schmieden (19), sei als erster B Ü H L E R genannt.

Bühlers Verdienst um die Verstärkung des Rechtsschutzes auf dem Gebiete der Verwaltung ist vor allem in seiner Stellungnahme im Streit um die unbestimmten Begriffe zu suchen. Seine g r u n d s ä t z l i c h e n Ausführungen zu diesem Problem erwecken allerdings zunächst den Anschein, als vertrete er einen recht gemäßigten Standpunkt - Bühler weist nämlich lediglich darauf hin, "daß Rechtssätze mit unbestimmten Begriffen trotzdem zwingende Rechtssätze sein können" (20). Seine Bemerkungen über die besonders streitigen E i n z e l f ä l l e (21) zeigen aber dann, daß er ausnahmslos die Behandlung der betreffenden Begriffe als Rechtsbegriffe vertritt und damit bereits die vier Jahrzehnte später überwiegend vertretene Meinung vertritt, daß unbestimmte Begriffe s t e t s als Rechtsbegriffe zu behandeln seien (22).

Eine umfassende Lösung des EProblems glaubt L A U N (23) darin zu finden, daß

(19) vgl. PLAPPERT, S. 10

(20) SubjR., S. 28 f.

(21) Vgl. etwa zur Bedürfnisfrage bei Wirtschaften und zur Frage der Lästigkeit gewerbl. Anlagen im Sinne von § 16 GewO. SubjR., S. 393 und 409 f.; zur im bayer. Recht streitigen Frage der Hilfsbedürftigkeit a. a. O., S. 406; zum Begriff des öffentlichen Interesses a. a. O., S. 430.

(22) So sagt er (SubjR., S. 430) von einer Entscheidung des Sächsischen OVG., in der die Überprüfbarkeit der "durch das ö f f e n t l i c h e I n t e r e s s e gebotenen Notwendigkeit" einer Maßnahme bejaht wird, daß sich diese Auffassung voll mit der von ihm selbst vertretenen Meinung decke und fährt dann fort: "Da der Begriff des öffentlichen Interesses der dehnbarste aller Begriffe ist, . . . , so wäre mit dieser Entscheidung die Frage der Behandlung der dehnbaren Begriffe eigentlich prinzipiell . . . in dem hier (d. h. von Bühler der Verf.) vertretenen Sinn . . . entschieden".

(23) Laun ist zwar um 1910 noch Österreicher gewesen und hat in Wien gelehrt. Er hat aber wohl schon damals in engen Beziehungen zu den Vorgängen im Dt. Reich und insbes. zur reichsdt. Verwaltungsrechts-Wissenschaft gestanden. Dies ist daraus ersichtlich, daß er sich im Gegensatz etwa zu TEZNER nicht auf eine kritische Betrachtung vor allem der österr. Verhältnisse beschränkt, sondern sich vielfach auch mit der ERechtsprechung der reichsdt. obersten Verwaltungsgerichte und den in der reichsdt. Verwaltungsrechts-Wissenschaft vertretenen Meinungen auseinandergesetzt hat. Es ist deshalb wohl berechtigt, Laun zusammen mit den seinerzeit innerhalb des Reichsgebietes wirkenden Autoren zu nennen.

er einmal ausschließlich die "Kategorie des öffentlichen Interesses" (24) als möglichen Bereich des Verwaltungse. bezeichnet und zum andern ein Recht der Verwaltungsgerichte zur Kontrolle der EEntscheidungen auf das Vorliegen von Fehlern verschiedener Art anerkennt (25). Launs Absicht, mit diesen Grundsätzen enge Schranken für das freie E. der Behörden zu errichten, geht dabei weniger aus seiner - natürlicherweise - unscharfen und im Ergebnis wenig klärenden Abgrenzung der "Kategorie des öffentlichen Interesses" (26) als vielmehr daraus hervor, daß er vielfach positivrechtliche Beispiele anführt, in denen seiner Ansicht nach die Verwaltung n i c h t nach freiem E. zu entscheiden hat. So erklärt er in einer Betrachtung der Verwaltungsrechtspflege Bayerns (27), daß die in Literatur und Praxis umstrittenen Fragen der "Hilfsbedürftigkeit", des "Bedürfnisses" nach Vermehrung der bestehenden Gewerbebetriebe usw. "nicht Fragen des freien E." seien (28).

Auch S T I E R - S O M L O S Stellungnahme zum EProblem läßt eine starke Tendenz zur Billigung einer weitgehenden verwaltungsgerichtlichen Kontrolle des Be-

(24) vgl. FrErm., S. 70 und S. 175 ff.

(25) Über Launs etwas verwirrende Einteilung der EFehler vgl. JELLINEK, Ges., S. 334 mit Anm. 1.

(26) Laun spricht vom öff. Int. nicht im Sinne eines vom Gesetz wörtlich gebrauchten Begriffs, sondern stellt die These auf, daß es das Kriterium des freien E. sei, daß die vollziehende Gewalt in dem betr. Fall ermächtigt sein müsse, selbst zu bestimmen, "was das öff. Int. verlangt" (FrErm., S. 66); dabei will er das Vorliegen einer derartigen Ermächtigung nach der ebenfalls wieder recht wenig prägnanten Formel bestimmen, daß die Behörde im gegebenen Fall die Freiheit habe, "bei Wahl zwischen zwei oder mehreren Arten des Verhaltens den Z w e c k, zu welchem sie diese Wahl ausübt, selbst .. zu bestimmen" (FrErm., S. 62 f.). Vgl. auch die kritischen Bemerkungen TEZNERs, FrErm. 1924, S. 5.

(27) Übersicht über wichtige Einrichtungen des Auslandes auf d. Gebiet der Verw.-Rechtspflege, 1913, S. 55 f.

(28) a. a. O., S. 56; DYROFF stellt dazu (S. 504) fest, daß man "nach dieser Auffassung Launs erst mit Mühe nach Fragen des freien E. suchen" müsse.

hörden-Handeins erkennen. Stier-Somlo tritt zwar "der Übertreibung des Rechtsstaatsgedankens, als ob es nach und nach gelingen könnte, a l l e Angelegenheiten der Verwaltung" der Nachprüfung durch die Verwaltungsgerichte zu unterwerfen, entgegen (29), hält aber andererseits eine möglichst weite Ausdehnung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle für erstrebenswert. Denn "je mehr E. die Verwaltungsgerichte nachprüfen und je mehr sie solches selbst üben, indem sie das eigene an die Stelle des E. der angefochteten Instanz setzen, desto größer die rechtsstaatliche Garantie" (30). Im einzelnen ist er der Meinung, daß bei der preußischen gesetzlichen Regelung der Nachprüfung von Polizeiverfügungen "der rechtsstaatliche Gedanke .. zu kurz" komme (31) und daß danach zu streben sei, die Verwaltungsgerichte "die Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit des Verwaltungsakts ü b e r a l l" nachprüfen zu lassen (32).

Wohl am erfolgreichsten hat W A L T E R J E L L I N E K an der Einschränkung des unkontrollierbaren Bereichs des Verwaltungshandelns mitgewirkt. Die Bedeutung der Lehren Jellineks zeigt sich in seinen Beiträgen zur Lösung folgender drei Probleme:

Zur Streitfrage des u n b e s t i m m t e n B e g r i f f s stellt Jellinek in eingehenden Ausführungen fest, daß sehr viele zunächst als völlig unbestimmt erscheinende Begriffe durch die Heranziehung gesellschaftlicher Anschauungen durchaus objektiv bestimmbar seien. Auch so außerordentlich vage Begriffe wie etwa der des "öffentlichen Interesses" könnten deshalb im Einzelfall durchaus als Rechtsbegriffe einer Nachprüfung unterliegen (33).

Weiter findet sich bei Jellinek zum ersten Mal in der Verwaltungsrechtslehre eine klare Unterscheidung zwischen den beiden Seiten des Problems der N o t w e n d i g k e i t einer von der Verwaltung angeordneten Maßnahme. In grundsätzlicher Weise legt Jellinek zunächst dar, daß die Frage der "absoluten" Notwendigkeit darauf gerichtet sei, ob die betreffende Maßnahme an sich, d.h. im Sinne einer guten Verwaltung, nötig sei; eine Antwort könne hier nur von den Verwaltungsbehörden selbst nach freiem E. gegeben werden. Im Gegensatz dazu sei die

(29) FrErm., S. 504

(30) FrErm., S. 511; dort alles gesperrt.

(31) FrErm., S. 511; Stier-Somlo hat hier die seit etwa 1910 vom PrOVG, ständig geübte Überprüfung der Notwendigkeit des polizeilich angeordneten Mittels noch nicht berücksichtigt können.

(32) FrErm., S. 513

(33) Ges., S. 68 ff.

Frage der "relativen" Notwendigkeit gleichbedeutend mit der nach objektiven Gesichtspunkten zu beantwortenden Frage der Erforderlichkeit der Maßnahme für ein als gut vorausgesetztes Ziel - hier könne also die Freiheit des VerwaltungsE. nicht herrschen (34). In Anwendung dieser Grundsätze übt er dann Kritik an der widerspruchsvollen älteren Rechtsprechung des PrOVG, zum Problem der Notwendigkeit einer polizeilich angeordneten Maßnahme. Er stellt dabei mit aller Deutlichkeit fest, daß im Gegensatz zur Frage der Notwendigkeit des polizeilichen Einschreitens überhaupt, die Frage der Notwendigkeit des zur Beseitigung eines polizeiwidrigen Zustandes angeordneten Mittels eine Rechtsfrage sei (35).

Das größte Verdienst Jellineks in bezug auf die Klärung des EProblems im Sinne der "Rechtsstaatbewegung" ist jedoch wohl auf dem Gebiet des fehlerhaften Ermessens zu suchen. Jellinek hat sich bemüht, unter Verwertung der weitverstreuten und sich vielfach widersprechenden einschlägigen Entscheidungen der obersten deutschen Verwaltungsgerichte eine Systematik der EFehler aufzustellen und so die Grundlage für eine einheitliche rechtsschutzfreundliche Judikatur auf diesem Gebiet zu schaffen. TEZNER nennt Jellineks "Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung" geradezu "eine Art Lehrbuch der EFehler", dessen Kenntnis man von jedem Verwaltungsbeamten und -richter verlangen müsse (36); und selbst HOFACKER, der erklärte Gegner des "Tricks von den EFehlern", muß wenigstens die Übersichtlichkeit der Darstellung und die Folgerichtigkeit der gezogenen Schlüsse anerkennen (37). Freilich hat sich Jellineks System der EFehler nicht voll durchsetzen können - er selbst ist später nur in beschränktem Umfang darauf zurückgekommen (38). Nichtsdestoweniger darf aber festgestellt werden, daß seine Lehren zur wichtigsten Grundlage der modernen Anschauungen über das fehlerhafte E. geworden sind.

Von zeitgenössischen Kritikern ist Jellinek bisweilen vorgeworfen worden, daß seine Lehre von den EFehlern sich weitgehend nicht aus dem positiven Recht begründen lasse, sondern in rechtlich nicht relevanter Weise aus allgemeinen Überlegungen gewonnen worden sei (39). Demgegenüber wird es heute gerade als sein

(34) Ges., S. 8 ff. mit S. 77 ff.

(35) ArchÖffR, 32/590 mit 596; Jellinek schlägt dort vor, zur Vermeidung von Verwechslungen im zweiten Falle von der Frage des "Übermaßes" zu sprechen

(36) FrErm. 1924, S. 9

(37) Staatsverw., S. 250

(38) vgl. VR., S. 36 ff.

(39) vgl. BÜHLER, SubjR., S. 260, Anm. 387

V e r d i e n s t gerühmt, daß er, "auf die Stimme des natürlichen Rechts" hörend, sich über den Positivismus jener Jahrzehnte erhoben habe (40).

Zu bemerken bleibt noch, daß allerdings in den zwischen 1900 und 1918 erschienenen Neuauflagen der Werke der "S e n i o r e n" der deutschen Verwaltungsrechts-Wissenschaft neue Gedankengänge hinsichtlich des EProblems kaum festzustellen sind. Eine eigene grundsätzliche Stellungnahme zur Frage, inwieweit das Verwaltungshandeln durch die Handhabung der Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeschränkt werden soll, läßt sich auch in diesen Neuauflagen nicht finden (41) - die natürliche Konsistenz des einmal geschriebenen Wortes war wohl zu stark, als daß sie von der auf eine Erweiterung des öffentlichen Rechtsschutzes zu Lasten des freien E. gerichteten Strömung in der Verwaltungsrechts-Wissenschaft hätte überwunden werden können.

(40) Nachruf von E. JACOBI, DÖV. 56/33

(41) O. MAYER geht auch in der 2. Aufl. seines "Dt. VerwRs." (1914/17) kaum auf das Problem des unbest. Begriffs ein (lediglich von der Bedürfnisfrage im Gaststättenrecht wird festgestellt, daß sie "zweifelloso eine Frage des freien E." sei - Bd. I, S. 136, Anm. 7); auch Bemerkungen über die vor dem 1. Weltkrieg doch so stark diskutierten Fragen des fehlerhaften E. fehlen fast ganz (ausnahmsweise wird einmal gelegentlich der Betrachtung der Polizei-Rechtsprechung des PrOVG nach § 127 LVG. von "fehlerhafter Anwendung des freien E." gesprochen - Bd. I, S. 166) - im Stichwortverzeichnis wird man vergebens nach Begriffen wie "EFehler" oder "EMißbrauch" suchen. - Die 4. Aufl. des Lehrbuchs von G. MEYER (bearb. von DOCHOW, 1913) enthält sich ebenso wie die Voraufgaben jeder eigenen Stellungnahme zu den Problemen des unbest. Begriffs und des fehlerhaften E. (vgl. Bd. I S. 79 f.).

C

In der Praxis des Preußischen OVG, läßt sich die rechtsschutzfreundliche Tendenz der ersten beiden Jahrzehnte nach 1900 deutlich nachweisen.

Auf dem Gebiet der unbestimmten Begriffe hat sich das Gericht auch in neu auftauchenden Fragen regelmäßig für die Überprüfbarkeit der betreffenden Begriffe entschieden (1), Vor allem aber hat das OVG, von etwa 1910 ab die "Notwendigkeit" einer durch Polizeiverfügung angeordneten Maßnahme ständig als seiner Kontrolle unterworfen angesehen (2) (3).

Deutlicher noch als im Bereich der unbestimmten Begriffe, wo eine Fortentwicklung der schon seither außerordentlich "ermessensfeindlichen" Praxis des Gerichts nur in beschränktem Umfang möglich war, ist eine Ausdehnung der Kontrolle auf dem Gebiet der Ermessensfehler zu beobachten. So hat das OVG.

-
- (1) Vgl. etwa die Rechtsprechung zum "Ges. gegen die Verunstaltung landschaftlich hervorragender Gegenden" v. 2. 6. 02 (PrGS. 159) und zum "Ges. gegen die Verunstaltung von Ortschaften . . ." v. 15. 7. 07 (PrGS. 260); es wurde z. B. im U. v. 10. 6. 13 (PrVBl. 35/702 f., 703) nachgeprüft, ob eine Gegend "landschaftlich hervorragend" sei, und im U. v. 30. 3. 15 (69/403 ff., 405), ob eine "gröbliche Verunstaltung" vorliege.
- (2) Nach 1900 finden sich neben einer Fülle von Urteilen, die eine Kontrolle als zulässig ansahen, zunächst auch noch Entscheidungen, in denen eine Überprüfung als unzulässig abgelehnt wurde.
- (Beispiele für Überprüfung: Ue. v. 3. 11. 08 - 53/400 ff., 402 und v. 21. 10. 09 - 55/271 ff., 274; Beispiele für Ablehnung: Ue. v. 8. 11. 01 - PrVBl. 23/548 f., 549 und v. 30. 3. 06 - PrVBl. 28/162 f.)
- Die ablehnenden Urteile wurden aber bald immer seltener, und von 1912 ab hat das PrOVG, die Notwendigkeit im angegebenen Sinne dann in ständiger Rechtsprechung überprüft (im U. v. 19. 12. 11 - 61/140 ff., 141 f. wurde letztmalig in einer veröffentlichten Entscheidung eine Nachprüfung der Notwendigkeit in jeder Richtung als unzulässig angesehen); vgl. Ue. v. 2. 2. 12 (61/157 ff., 162), v. 18. 5. 14 (PrVBl. 36/154 f., 155), v. 18. 3. 15 (PrVBl. 36/699), v. 21. 12. 16 (72/288 ff., 290/1) u. v. 15. 3. 17 (72/292 ff., 294/5).
- (3) Eine Ausnahme galt nur für solche PolVerf., die lediglich der Ausführung von PolVOen, dienten; vgl. unten Abschn. III B.

im Jahre 1909 zum ersten Male (4) eine Verfügung wegen "ungleichmäßiger Behandlung" beanstandet; In der vielfach in die Literatur eingegangenen "Strandkorb-Entscheidung" (5) wurde ein an sich zulässiger Polizeibefehl auf Entfernung eines Strandkorbes deshalb aufgehoben, weil die Verfügung ohne jeden ersichtlichen Anlaß an nur einen der vielen Strandkorbbenutzer gerichtet war. - Weiter hat das Gericht nach der Jahrhundertwende begonnen, "Willkür" im Sinne von grundloslosem Handeln als Aufhebungsgrund anzusehen (6). - Schließlich findet sich unter jenen Entscheidungen, die die Frage der Notwendigkeit einer polizeilich angeordneten Maßnahme zum Gegenstand haben, eine ganze Anzahl, in denen das OVG, die Art der Anwendung des objektiv zur Gefahrenabwehr nötigen Mittels bemängelt. Das Gericht hat in einer Reihe derartiger Fälle Verfügungen mit der Begründung aufgehoben, daß die Interessen der Betroffenen nicht genügend gewürdigt und berücksichtigt worden seien (7). Damit hat das PrOVG., wie es W. JELLINEK ausdrückt, den Fehler der "Nichtberücksichtigung der dem Untertan günstigen Umstände" anerkannt (8) (9).

(4) vgl. SCHOEN, VA. 27/144, Anm. 119

(5) vom 18. 5. 09 (54/261 ff., 266)

(6) vgl. Ue. v. 3. 3. und v. 12. 12. 00 (37/306 ff., 307 u. 38/289 ff., 290)

(7) vgl. etwa U. v. 11. 10. 06 (49/299 ff., 302), wo es sich um die Einschränkung des lauten Musizierens in einem Wirtshausgarten handelte; " ... ergibt sich, daß sofern die Einschränkung ... auf bestimmte Stunden des Tages überhaupt gerechtfertigt war, die Auswahl dieser Stunden jedenfalls nicht ohne zuvorige Anhörung des Klägers hätte erfolgen dürfen".

(8) Vgl. Ges., S. 342 f.

(9) Allerdings hat das OVG, die Pflicht zur Interessenschonung stets als Teil der Frage der "Notwendigkeit" erörtert. Andererseits jedoch hat das Gericht in diesen Fällen stets sehr allgemein gehaltene Redewendungen gebraucht und eine recht weitgehende Entscheidungsfreiheit der Polizeibehörde vorausgesetzt (vgl. etwa U. v. 11. 10. 06 - 49/299 ff., 302; " ... die Bestimmung solcher Zeiträume darf nur dem der Polizei obliegenden Ausgleich einander widerstreitender Interessen dienen, "; weiter U. v. 27. 5. 07 - 51/284 ff., 289; "Die Polizeibehörde hat jedoch nach dem Inhalt der ... Akten nichts getan, um die infrage kommenden Interessen des Klägers soweit wie möglich zu schonen, ") Dies aber legt den Schluß nahe, daß es das OVG, hier in Wirklichkeit gar nicht auf eine Kontrolle der objektiven Notwendigkeit des Mittels als vielmehr darauf abgestellt hat, ob die der PolVerf. zugrunde liegenden Erwägungen frei von EFehlern gewesen sind. Es ist deshalb W. JELLINEK zuzustimmen, A. M., allerdings BÜHLER (SubJR., S. 214). Böhlers Ansicht, es liege hier bloße Kontrolle der "Notwendigkeit" vor, ist aber wohl darauf zurückzuführen, daß dieser seinerzeit in der Überprüfung von EEntscheidungen auf ihnen anhaftende Fehler irrigerweise (vgl. W. JELLINEK, ArchÖffR. 1914/594) keine - zulässige - Rechtskontrolle, sondern eine - unzulässige - "objektiv echte EKontrolle" gesehen hat (SubJR., S. 317).

Endlich tritt die Fortbildung der rechtsschutzfreundlichen Praxis des PrOVG, darinzutage, daß das Gericht nach 1900 begonnen hat, den W i d e r r u f einer durch die Polizeibehörde erteilten f r e i e n E r l a u b n i s (10) noch über die Fälle der von ihm anerkannten EFehler hinaus einzuschränken (11). In einer Reihe von Urteilen (12) hat das Gericht den Grundsatz aufgestellt, daß die Polizeibehörde durch die nach freiem E. erfolgende E r t e i l u n g einer Erlaubnis sich ihrer Entscheidungsfreiheit bezüglich eines etwaigen späteren Widerrufs in erheblichem Umfang begeben. Die Behörde sei nämlich bei einem solchen Widerruf nicht mehr wie bei der Erlaubniserteilung in ihrem E. völlig frei (13), sondern dürfe nur noch die in § 10 II 17 ALR, normierten Gründe berücksichtigen (14) (15). Daran könne auch ein ausdrücklicher Vorbehalt des Widerrufs nicht ändern (16). In Anwendung

(10) Über diese vgl. DREWS, PolR., S. 119 f.

(11) In einem Ausnahmefall, nämlich dem der Rücknahme einer Bauerlaubnis nach Baubeginn, hatte das Gericht, wie oben Abschn. I A 2 ausgeführt, bereits früher das Widerrufsrecht der Polizeibehörde eingeschränkt.

(12) u. a. Ue. v. 22.2.06 (50/361 ff., 363), v. 8.7.07 (PrVB1. 29/647 ff., 648) u. v. 18.5.08 (52/367 ff., 369)

(13) Noch um 1930 war es h. M., daß die Polizei bei der Erteilung bzw. Versagung einer freien Erlaubnis auch andere als nur polizeiliche Gesichtspunkte berücksichtigen, d. h. auch andere als die ihr speziell anvertrauten öffentlichen Interessen wahrnehmen dürfe (vgl. etwa JELLINEK, VR., S. 281 u. 441 f. und IPSEN, Widerruf gültiger Verwaltungsakte, 1932, S. 157 f.); anders heute PIOCH, PolR., S. 28 und DREWS, PolR., S. 119 f.; anders auch schon PrOVG., U. v. 1.11.34 (94/210 ff.).

(14) Die Formulierung dieses Grundsatzes ist nicht einheitlich: so wird im U. v. 4.3.01 (39/365 ff., 367) davon gesprochen, daß dem Widerruf "ein objektiv erkennbares polizeiliches Motiv" zugrunde liegen müsse, während in anderen Entsch. (etwa U. v. 22.2.06 - 50/361 ff., 363) geradezu das "Vorliegen besonderer pol. Gründe" gefordert wurde.

(15) In der Regel forderte das OVG. weiter, daß die Gründe für den Widerruf erst nachträglich eingetreten oder bekannt geworden sein müßten (z. B. U. v. 18.5.08 - 52/367 ff., 369 - und später U. v. 20.6.29 - RuPrVB1. 50/795); anders aber U. v. 3.12.12 (PrVB1. 34/620 f.).

(16) vgl. U. v. 22.2.06 (50/361 ff., 363)

dieses Grundsatzes hat das OVG, beispielsweise eine Polizeiverfügung aufgehoben, in der der Widerruf einer früher bewilligten Polizeistunden-Verlängerung mit der Notwendigkeit begründet worden war, der "herrschenden Neigung zum unmäßigen Trinken" zu begegnen; dieser von der Polizei vorgebrachte Grund, so stellte das Gericht dabei fest, sei kein "besonderer polizeilicher aus § 10 II 17" (17).

D

Im Gegensatz zur Rechtsprechung des PrOVG, (1) ist in der des W ü r t t e m - b e r g i s c h e n VGH, auch in den Jahren 1900 - 1918 eine Tendenz zur Einengung des Bereichs des VerwaltungsE, nur in recht geringem Umfang festzustellen. Der Gerichtshof hat in diesem Zeitraum weder seine oben geschilderte zurückhaltende Einstellung gegenüber der Nachprüfung von Polizeiverfügungen aufgegeben, noch hat er auf anderen Rechtsgebieten Entscheidungen gefällt, aus denen auf eine grundsätzliche Änderung seiner bisherigen Haltung geschlossen werden könnte.

Immerhin sind aber doch in einigen Urteilen Ansätze für ein Heraustreten des WürttVGH, aus seiner seitherigen Zurückhaltung zu erkennen. So auf dem Gebiet der u n b e s t i m m t e n B e g r i f f e im U. v. 13. 11. 1912 (2): Der Gerichtshof hat hier nachgeprüft, ob die Polizei mit Recht angenommen habe, daß ein in eine Irrenanstalt eingewiesener Geisteskranker "gefährlich oder für die öffentliche Ordnung anstößig" (3) gewesen sei. Diese Entscheidung zeigt gegenüber jenem früher erwähnten Urteil aus dem Jahre 1887, in dem noch jede Überprüfung der in einem polizeilichen Spezialgesetz enthaltenen unbestimmten Begriffe abgelehnt worden war (4), zweifellos einen Fortschritt in Richtung auf eine stärkere Kontrolle der Verwaltungstätigkeit. Eine grundsätzliche Änderung seiner Einstellung zum Problem des unbestimmten Begriffs hat der Gerichtshof damit aber n i c h t im Auge gehabt (5). Allerdings heißt es in der Urteilsbegründung, daß das Vorliegen von "Verhältnissen . . , die, wie . . . Zuverlässigkeit, Gefährlichkeit, Sicherheit des Verkehrs . . . einer festen Normierung entbehren", nachgeprüft werden könne, sofern ein "Verwaltungsakt an bestimmte rechtliche Erfordernisse" dieser Art geknüpft

(17) U. v. 8. 7. 07 (PrVB1, 29/647 ff., 648 f.)

(1) Wie auch zu der des BayVGH, (vgl. unten Abschn. II E)

(2) WürttJ, 14/108 ff.

(3) Voraussetzung für die Einweisung gem. § 16 württ. Statut für die Staatsirrenanstalten v. 20. 3. 1899

(4) U. v. 16. 11. 1887 (Amtsblatt 1887/420 ff.) - vgl. oben Abschn. I B 2

(5) TEUFEL (Die Rechtsbeschwerde des württ. Ges. über die Verwaltungsrechtspflege . . . , Diss. Tüb., 1915, S. 33) will eine solche wohl erkennen.

sei (6). Die Bedeutung dieser Ausführungen ist aber im selben Urteil gleich wieder entscheidend eingeschränkt worden. Die Voraussetzungen, die nach dem Umfang der vorkonstitutionellen Ermächtigung für ein jedes Vorgehen der Polizei erfüllt sein mußten, sind nämlich vom Gerichtshof nicht als solche, eine richterliche Kontrolle ermöglichende "rechtliche Erfordernisse" angesehen worden (7). Die Anwendung des Satzes von der grundsätzlichen Überprüfbarkeit unbestimmter Begriffe sollte vielmehr auf jene Spezialbestimmungen beschränkt bleiben, in denen bestimmte Voraussetzungen für einen Verwaltungsakt ausdrücklich genannt wurden. Aber auch in Fällen dieser Art hat der Gerichtshof in den nächsten zwanzig Jahren niemals wieder in einem veröffentlichten Urteil unbestimmte Begriffe als überprüfbare Rechts- oder Tatbegriffe behandelt. - Auch die Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle auf das Vorliegen von Ermessensfehlern ist vom WürttVGH, jetzt grundsätzlich anerkannt worden. Im Urteil vom 17. 1. 1912 (8) hat der Gerichtshof nämlich das Recht für sich in Anspruch genommen, eine Entscheidung daraufhin nachprüfen zu dürfen, ob die Behörde "pflichtgemäß in Erwägungen über die gesetzlichen Versagungsgründe eingetreten sei". Aber auch dieses Urteil kann nur sehr bedingt als Beweis für eine Änderung der Haltung des WürttVGH, in der Frage angesehen werden. Der angeführte Satz hat nämlich dem Gerichtshof schließlich nur zur Belehrung der Beschwerdeführer darüber gedient, daß sie abgewiesen werden müsse, weil sie ja gar nicht die Vorannahme von Erwägungen bestreite, sondern ihre Angriffe gegen die selbstverständlich nicht überprüfbaren Ergebnisse dieser Erwägung richte.

Es handelt sich also, wie eingangs bereits betont, bei den "neuen Grundsätzen", die in den vorstehend genannten Urteilen ausgesprochen worden sind, wirklich um nicht mehr als allererste Ansätze zur Änderung der Rechtsprechung des Gerichtshofs. Im ganzen gesehen ist dieser bei seiner bisherigen Praxis geblieben. Zur Erklärung dieser konservativen Haltung genügt es, auf die früheren Ausführungen die Gründe der "Zurückhaltung" des VGH, gegenüber dem Problem hinzuweisen (9).

Wie bereits vor der Jahrhundertwende ist auch in den beiden Jahrzehnten nach 1912 eine umfassende und starke Kritik an der Rechtsprechung des Gerichtshofs im ö

(6) WürttJ. 14/111

(7) vgl. a. a. O., S. 110

(8) WürttRV, 1912/86 ff. und 108 ff.

(9) Oben Abschn. I B 1 gegen Ende

fentlichen Leben Württembergs nicht laut geworden (10). Immerhin sind aber entsprechend der "rechtsstaatlichen" Zeitströmung doch auch hier Kräfte am Werk gewesen, die sich bemüht haben, dem Gedanken einer Einschränkung des ESpielraums der Behörden Geltung zu verschaffen.

So ist in allen drei dem Verfasser bekannten Veröffentlichungen jener Zeit, die Aufschluß über die an der württembergischen Landesuniversität vertretenen Ansichten geben können, die ERechtsprechung des Gerichtshofs in kritischer Weise beleuchtet worden. Neben JUNGEL (11) und TEUFEL (12) ist es vor allem BÜHLER (13) gewesen, der die Haltung des WürttVGH gegenüber dem EProblem angegriffen hat. Nach Bühlers Meinung hat es der VGH, damals "an Energie im Schutz der Freiheiten der Untertanen gegenüber der Verwaltung fehlen" lassen; die Rechtsprechung des VGH, habe dazu geführt, "daß Württemberg mit der faktischen Wirksamkeit des Verwaltungsrechtsschutzes in dessen Ausbildung es jahrzehntelang einen Vorsprung gehabt, hatte, nun stark ins Hintertreffen geraten" sei (14).

- 10) Hierzu mag möglicherweise beigetragen haben, daß es denjenigen Kreisen, die bei aller "in der Ausübung der Staatsgewalt" herrschenden "Objektivität" (BÜHLER, SubjR., S. 203) vielleicht gelegentlich doch benachteiligt worden sind, nicht gelungen ist, mit ihrer Kritik an die Öffentlichkeit zu dringen (vgl. etwa die oben Abschn. I B 2 angeführte E. v. 16. 11. 1887, in der eine Rechtsbeschwerde der Heilsarmee abgewiesen wurde).
- 11) Jungel ist der Ansicht, Der Begriff der Polizei im württ. Recht (Diss. Tüb., 1912, S. 100 f.), daß es "Aufgabe des WürttVGH, sein sollte", unter Abgehen "von der bisher grundsätzlich eingehaltenen Auffassung der EKlausel des Art. 13 württVRG, .. auch da, wo eine gesetzliche Normierung nicht besteht, die Grenzen des polizeilichen Verfügungsrechts nach allgemeinen Maßstäben" zu überprüfen.
- 12) Teufel meint in seiner obenerwähnten Diss. (S. 90 f.), daß beim WürttVGH "auf vielen Gebieten noch eine starke Neigung besteht, zu Unrecht die Rechtsbeschwerde mit der Begründung zu versagen, es liege ein Akt des freien E der Behörde vor".
- 13) Bühler hat in Tübingen studiert und dort auch 1911 mit einer verwaltungsrechtlichen Arbeit promoviert. Es darf deshalb wohl mit Recht angenommen werden, daß seine hier zitierte - allerdings erst 1914 veröffentlichte - Stellungnahme weitgehend durch die an der Universität Tübingen vertretenen Anschauungen beeinflusst worden ist.
- (14) SubjR., S. 124 u. 367 f.

E

Anders als in Württemberg läßt in B a y e r n die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs in den beiden ersten Jahrzehnten nach 1900 deutlich eine weit gehende Änderung der "Zurückhaltenden" Grundeinstellung gegenüber dem EProblemen erkennen.

Auf dem einen der beiden Gebiete, auf denen der BayVGh, zur EFrage immer wieder Stellung nehmen mußte, dem des G e w e r b e r e c h t s, war bereits vor der Jahrhundertwende in einigen Zweifelsfällen die verwaltungsrichterliche Zuständigkeit bejaht worden (1). Nach 1900 hat nun der Gerichtshof die Richtung dieser zunächst wohl als Ausnahmefälle zu wertenden Entscheidungen weiter verfolgt, indem er sich in den erstmalig an ihn herangetragenen zweifelhaft erscheinenden Fragen regelmäßig für die Überprüfbarkeit der betreffenden unbestimmten Begriffe entschieden hat. So hat er etwa die bei der Erteilung eines Wandergewerbescheines auftauchende Frage, ob für den Unterricht schulpflichtiger Kinder des Antragsstellers "nicht genügend gesorgt ist" (2), als seiner Nachprüfung unterliegend angesehen (3). Ebenso hat er sich für die Entscheidung darüber zuständig erklärt, ob die Erlaubnis zum Betrieb eines Schauspielunternehmens mit Recht wegen fehlender "Zuverlässigkeit in finanzieller Hinsicht" (4) versagt worden war (5).

In denjenigen gewerberechtlichen Fragen allerdings, in denen der BayVGh sich früher bereits für u n z u s t ä n d i g erklärt hatte wie etwa der Frage des Bedürfnisses im Gaststättenrecht, ist nach der Jahrhundertwende von einer Meinungsänderung nichts zu spüren gewesen. Der Gerichtshof hat insoweit an seiner Ansicht, daß die Behörden dabei nach freiem E. zu entscheiden berechtigt seien, ohne jede Abweichung festgehalten (6). Es darf aber wohl mit Recht angenommen werden, daß dies weniger auf die fortbestehende Überzeugung von der Richtigkeit jener Ansicht als vielmehr auf die Scheu vor einem allzu krassen Bruch

(1) vgl. oben Abschn. I C 2 am Ende

(2) § 57 b Ziff. 4 GewO.

(3) E. v. 29.4.08 (29/111 ff., 111)

(4) Früher § 32 GewO

(5) E. v. 1.10.15 (36/179 ff., 184)

(6) vgl. etwa E. v. 13.6.06 (27/125 ff., 127) und E. v. 21.6.11 (32/165 ff., 172)

mit der bisherigen Rechtsprechung zurückzuführen gewesen ist (7).

Die Tendenz zur Ausweitung des der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung unterliegenden Bereichs ist nicht nur bei den Fragen des Gewerberechts, sondern auch auf dem Gebiet der **S t a a t s a u f s i c h t s a k t e** (8) zu beobachten, auf dem ebenfalls häufig eine Stellungnahme zum EProblem nötig war. Hier hatte der BayVGh. bislang besondere Zurückhaltung bewiesen. Er hatte nämlich auf Beschwerden gegenüber Staatsaufsichtsakten grundsätzlich nur nachgeprüft, ob letztere **a l l g e m e i n** im gesetzlich zulässigen Rahmen geblieben waren. Dagegen war der Gerichtshof niemals auf die seiner Ansicht nach dem E. der vorgesetzten Behörde überlassene Frage eingegangen, ob im Einzelfall auch wirklich ein Mißstand vorgelegen hatte und ob die angeordnete Maßnahme zur Beseitigung dieses Mißstandes tatsächlich notwendig gewesen war. Die Ablehnung einer Nachprüfung in diesen Richtungen hatte der VGh. in der Regel mit der Bemerkung begründet, daß es sich dabei um "Fragen des behördlichen E. über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit" der angeordneten Maßnahme handele (9). Nach der Jahrhundert

(7) vgl. **Festschr VGh.**, S. 25; dort weist BRAUNWART darauf hin, daß der Gerichtshof stets "wenig geneigt" gewesen sei, "von den einmal eingeschlagenen Bahnen der Rechtsprechung wieder abzugehen", und daß dieser den horror pleni "nur selten überwunden" habe, in diese Richtung deutet auch eine Bemerkung, die sich in der 1921 veröffentlichten kritischen Betrachtung der ERechtsprechung des VGh. durch den 1912 in den Ruhestand getretenen Senatspräsidenten im BayVGh. v. MORHART findet (Bl. 71/65 ff., 72): Der Verfasser weist am Schluß seiner Ausführungen darauf hin, daß "mit diesen Zeilen . . nicht der Zweck verfolgt werden" solle, "eine Änderung dieser Rechtsprechung im Wege der Plenarentscheidung anzuregen", sondern daß die geäußerten Ansichten als Beitrag zur Neubearbeitung des bayVGG. zu betrachten seien.

(8) vgl. insbes. bayVGG, Art. 10 Ziff. 2 in der ab 1.1.1916 geltenden Neufassung; der BayVGh. war hiernach zuständig für Beschwerden gegen Verfügungen der Staatsaufsichtsbehörde, wenn die betroffene Gemeinde bzw. der betroffene Armenverband behauptete, daß die Verfügung das gesetzliche Selbstverwaltungsrecht verletze oder eine Belastung mit einer gesetzlich nicht begründeten Leistung darstelle.

(9) vgl. oben Abschn. I C 2 am Anfang

wende nun hat der Gerichtshof begonnen, in wichtigen Gruppen von Fällen, die auf Grund neuer Gesetzesbestimmungen zum ersten Mal von ihm zu entscheiden waren, von dieser Rechtsprechung abzugehen. So etwa bei Beschwerden gegen staatsaufsichtliche Anordnungen, die gem. § 35 des "Gesetzes betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten" vom 30.6.1900 (10) ergangen waren; nach anfänglichem Zögern hat der VGH. hier in ständiger Rechtsprechung nachgeprüft, ob wirklich eine Gesundheitsgefahr bestehe und ob die zur Beseitigung dieser Gefahr angeordnete Maßnahme auch tatsächlich notwendig sei (11). Im Anschluß an eine solche Prüfung der "Voraussetzungen für die gesetzliche Zulässigkeit des Ausspruches" (12) der Aufsichtsbehörde hat er dann jeweils die Bemerkung folgen lassen, daß die Frage, ob der Ausspruch selbst für die betreffende Gemeinde auch wirklich "notwendig und zweckmäßig" erscheine eine solche des behördlichen E. bilde (13). Der BayVGH. hat damit also einen klaren Unterschied zwischen der Notwendigkeit der angeordneten Maßnahme für den Schutzzweck "als rechtlicher Voraussetzung staatsaufsichtlichen Einschreitens (Rechtsfrage)" einerseits, und der "Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit des wirklichen .. Einschreitens (Efrage)" (14) andererseits gemacht. Diese Unterscheidung ist dann weiter auch in zwei Entscheidungen zu finden, die zur Frage der Zulässigkeit der Anordnung einer Darlehnsaufnahme zum Zwecke des Kleinwohnungsbaues ergangen sind (15) (16). Der VGH. hat hier ebenfalls das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen, mithin also die objektive Notwendigkeit der Wohnungsfürsorge-Maßnahme im einzelnen Falle, eingehend nachgeprüft und anschließend festgestellt, daß die Frage der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit des behördlichen Einschreitens selbst eine solche des freien E.

-
- (10) RGBL. 306 ff.; nach dieser Bestimmung können die Gemeinden zur Herstellung von "Einrichtungen für Versorgung mit Trink- oder Wirtschaftswasser und für Fortschaffung der Abfallstoffe" angehalten werden, "sofern dieselben zum Schutze gegen **übertragbare Krankheiten** erforderlich sind".
- (11) E. v. 3.7.07 (28/147 ff., 149), E. v. 21.2.12 (33/122 ff., 126) u. E. v. 16.12.17 (38/125 ff.); zweifelhaft, ob Nachprüfung gewollt war, noch E. v. 16.1.07 (28/61 ff.)
- (12) E. v. 3.7.07 (28/149)
- (13) E. v. 3.7.07 (28/149) und sinngemäß E. v. 21.2.12 (33/122 ff., 127) u. E. v. 16.2.17 (38/125 ff.)
- (14) DYROFF, S. 425; vgl. auch S. 426
- (15) Nach Art. 21 u. 15 des Ges. über die Landesrentenkulturanstalt vom 31.3.03 war eine solche Anordnung zulässig, wenn "ein erhebliches, auf andere Weise nicht zu befriedigendes Bedürfnis zur Verbesserung der Wohnungsverhältnisse der minderbemittelten Bevölkerung" bestand.
- (16) E. v. 21.11.13 (35/19 ff., 21) u. E. v. 13.4.17 (38/171 ff.)

sei (17) (18).

Ähnlich wie bei den Fragen des Gewerberechts ist allerdings auch auf dem Gebiet der Staatsaufsichtsakte zu beobachten, daß der Gerichtshof bei jenen Gruppen von Fällen, in denen er sich bereits eindeutig im Sinne seiner Nichtzuständigkeit festgelegt hatte, auch nach 1900 an seiner bisherigen Rechtsprechung festgehalten hat (19). Es erscheint aber nicht verfehlt, auch hier anzunehmen, daß dieses Beharren auf den früher aufgestellten Grundsätzen im wesentlichen auf die Sorge um eine "feste Rechtsprechung" und auf die "Krankheit des horror pleni" (20) zurückzuführen ist. Als bezeichnend darf in diesem Zusammenhang angeführt werden, daß jene Entscheidung, in der der VGH. dann später zum ersten Male eindeutig und mit klarer Begründung die Notwendigkeit eines Weges als Rechtsfrage nachgeprüft hat, nicht in die amtliche Sammlung aufgenommen worden ist (21).

Außer in der verstärkten Unterwerfung unbestimmter Begriffe unter die verwaltungsrichterliche Kontrolle äußerte sich die Änderung der bisherigen Einstellung des BayVGH. zum EProblem auch darin, daß der Gerichtshof nach 1900 des öfteren Verwaltungsakte auf das Vorliegen von *Ermessensfehlern* überprüft hat (22). So hat der Gerichtshof in einer Reihe von Fällen festgestellt, daß die Verwaltungsbehörden zu sachlicher Würdigung und Prüfung auftauchender EFragen verpflichtet seien - sei es, weil von solchen Erwägungen die Beurteilung

(17) vgl. dazu DYROFF, S. 425 f.

(18) Von BÜHLER (SubJR., S. 395 ff.) wird die Rechtspr. des BayVGH. zur Notwendigkeitsfrage zum Teil anders als hier beurteilt; der Grund dafür ist darin zu suchen, daß B. ebenso wie früher der BayVGH. nicht zwischen der Notwendigkeit des *Mittels* und der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit des *Einschreitens* selbst unterscheidet; vgl. W. JELLINEKS Kritik an Bühler (ArchÖffR. 1914/590 mit 596).

(19) vgl. E. v. 25. 11. 03 (25/77 ff., 78) u. E. v. 29. 5. 11 (32/153 ff., 155 - in Anm. zu einer anderen Entscheidung); in der E. v. 23. 6. 11 (32/153 ff., 156) klingen die neuen Grundsätze allerdings schon, wenn auch undeutlich, an.

(20) BRAUNWART, Festschr. VGH., S. 25

(21) E. v. 16. 1. 24 (BayGemZ. 1924, Sp. 332 f.); vgl. dazu unten Abschn. III D.

(22) Wenn BÜHLER (SubJR., S. 408) davon spricht, daß die Rechtsprechung des BayVGH. "nur schwache Ansätze" zu einer "EKontrolle" aufweise, so ist diese Meinung damit zu erklären, daß B. unter "EKontrolle" nicht eine *Rechts-Kontrolle* auf EFehler, sondern ein - dem BayVGH. nach Art. 13 Abs. I Ziff. 3 bayVGG. untersagtes - Setzen einer neuen EEntscheidung an die Stelle der angefochtenen versteht; vgl. JELLINEKS Kritik an B. (ArchÖffR. 1914/608 f.).

eines Rechtsstreites abhängt (23), sei es einfach deshalb, weil der Betroffene "ein Recht darauf" habe, daß diese Würdigung nicht unterlassen werde (24). Bei einem Fehlen dieser E.-Erwägungen hat der VGH. die angefochtenen vorinstanzlichen Bescheide regelmäßig aufgehoben (25). Insbesondere hat er dies auch dann getan, wenn die betreffende Behörde eine Würdigung der EFrage deshalb nicht vorgenommen hatte, weil sie infolge unrichtiger Gesetzesauslegung irrtümlich geglaubt hatte, rechtlich gebunden zu sein (26) (27).

Abschließend sei bemerkt, daß die ERechtsprechung des BayVGH. mit dem vorstehend aufgezeigten Beginn einer Neuorientierung ihre starke Ähnlichkeit mit derjenigen des WürttVGH. weitgehend verloren hat. Der Grund für diese abweichende Entwicklung gegenüber Württemberg ist darin zu suchen, daß die rechtschutzfreundliche Zeitströmung in Bayern viel leichter Einfluß gewinnen konnte, weil hier im Gegensatz zum Nachbarland der Verwaltungsgerichtshof nicht durch eine wohl allzu sehr geheiligte Tradition zur Zurückhaltung veranlaßt wurde.

(23) E. v. 24. 10. 00 (22/19 ff., 25)

(24) E. v. 27. 2. 04 (25/176 ff., 180) u. -ähnlich- E. v. 23. 3. 04 (25/244 ff., 24)

(25) vgl. die eben genannten Entscheidungen - Nach dem bayVGG. hatten die untere und die mittlere verwaltungsgerichtliche Instanz über Rechts- und EFrage zu entscheiden; vgl. DYROFF, S. 269.

(26) vgl. etwa E. v. 5. 6. 01 (22/192 ff., 196); die Vorinstanz hatte angenommen, daß bei gewerblicher Unzuverlässigkeit eines Pfandleihers diesem die Ausübung seines Gewerbes untersagt werden müsse während die Untersagung in Wirklichkeit nur zulässig war (§ 53 Abs. III GewO.).

(27) Die praktische Bedeutung dieser Rechtskontrolle von EEntscheidungen wurde allerdings dadurch herabgemindert, daß der BayVGH. sie immer nur dann ausüben konnte, wenn er für den gesamten Fragenkomplex, innerhalb dessen die fehlerhafte EEntsch. lag, überhaupt zuständig war. Diese Zuständigkeit war aber insbesondere bei den wichtigen, nach freiem E zu erteilen den staatsaufsichtlichen Genehmigungen nicht gegeben. Es fehlte hier an der erforderlichen "Verletzung des gesetzlichen Selbstverwaltungs-Rechts" (Art. 10 Ziff. 2 u. 3 bayVGG; vgl. SEYDEL-GRASSMANN, S. 154 f. und DYROFF, S. 336).

A b s c h n i t t I I I

A

Schon bei der Erörterung der verfassungspolitischen Strömungen der ersten beiden Jahrzehnte nach 1900 brauchte im wesentlichen nur auf die Entwicklung im R e i c h e eingegangen zu werden, während das politische Leben in den Ländern weitgehend außer Betracht bleiben konnte. In der Z e i t n a c h 1918 nun haben die Gliedstaaten n o c h stärker als bisher im Schatten der politischen Entwicklung des Gesamtstaats gestanden. Die Eigenstaatlichkeit der Länder ist durch die Weimarer Reichsverfassung beträchtlich eingeschränkt worden, und das Verfassungsleben in diesen Ländern ist "begrifflicher Weise unter dem gleichen Vorzeichen wie das des Reichs" (1) verlaufen. Auf eine Erörterung der nach der politischen Umwälzung von 1918 entstandenen Einzelverfassungen und deren Auswirkungen auf die Behandlung des E Problems darf deshalb im folgenden verzichtet werden.

In der W e i m a r e r R e i c h s v e r f a s s u n g vom 11. 8. 1919 (2) ist das alte politische Programm des Liberalismus weitgehend verwirklicht worden: Der liberale Rechtsstaatsgedanke fand seinen Niederschlag einmal in den Grundrechten (3) mit der in ihnen enthaltenen Anerkennung der Grundsätze des Vorbehalts des Gesetzes (4) und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (5), zum an-

(1) HARTUNG, VerfG., S. 342; vgl. auch Art. 17 WV., der bindende Vorschriften für die Länderverfassungen enthielt.

(2) RGBI. 1383 ff.

(3) Nach THOMA (Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverf., hrsg. von Nipperdey, Bd. I, 1929, S. 13) diente "die Mehrzahl der grundrechtlichen Normen . . der Schaffung, der Sicherung, dem Ausbau des demokratischen Rechtsstaats". - Darüber, daß in den Grundrechten n i c h t n u r die Grundsätze des liberalen Rechtsstaats verankert, sondern vor allem auch - teilweise gegensätzliche - soziale Postulate aufgestellt waren, vgl. APELT, S. 352, 366 und 411.

(4) vgl. APELT, S. 253 ff.

(5) vgl. APELT, S. 254 f.

dem im Prinzip der Gewaltenteilung (6) und schließlich in der Bestimmung des Art. 107, der im Reich wie in den Ländern Verwaltungsgerichte vorschrieb.

Diese starke Betonung des liberalen Staatsgedankens in der Verfassung von Weimar ist nun allerdings keineswegs etwa als ein "leidenschaftliches Bekenntnis zum Rechtsstaat" zu werten gewesen (7). Dazu war in den Jahren nach dem ersten Weltkrieg die Zahl der anderen, im Augenblick brennenderen innen- und außenpolitischen Probleme viel zu groß. Dennoch hat sich aber sehr bald gezeigt, daß das rechtsstaatliche Ideengut in seiner Wirkungskraft durchaus nicht auf die Gestaltung der neuen Verfassung beschränkt bleiben sollte. Besonders deutlich ist dies auf dem - hier allein interessierenden - Gebiet des öffentlichen Rechtsschutzes zutage getreten. Schon in den ersten Jahren nach der politischen Neuordnung läßt sich nämlich beobachten, daß die Tendenz zur Erweiterung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle auf Kosten des freien E. ganz erheblich, und zwar teilweise geradezu sprunghaft, stärker geworden ist.

Dieses Anwachsen der "ermessensfeindlichen" Bestrebungen ist zunächst wohl damit zu erklären, daß jene Kräfte, die bereits in den beiden vorausgegangenen Jahrzehnten auf eine Einschränkung des Verwaltungse. hingearbeitet hatten, durch die politische Umwälzung neuen Auftrieb erhalten haben (8).

(6) vgl. APELT, S. 237 ff.

(7) vgl. W. JELLINEK, VStRL., Heft 2, S. 78 f.

(8) Dies erscheint im übrigen nur natürlich, da angenommen werden darf, daß in vielen Fällen die Erweiterung des öffentlichen Rechtsschutzes und die Beseitigung des "Obrigkeitsstaates" gleichzeitig angestrebt worden waren; vgl. oben Abschn. II A und Abschn. II B am Anfang. - Bemerkte sei dazu noch, daß es durchaus keinen Widerspruch bedeutet, wenn einerseits a. a. O. die "Rechtsstaatsbewegung" mit den zwischen 1900 und 1918 tätigen, auf eine Überwindung des Obrigkeitsystems hinzielenden politischen Kräften in Verbindung gebracht, andererseits aber nach 1918 ein verstärktes Anwachsen der ermessensfeindlichen Bestrebungen als Folge der Umwälzung angesehen wird. Der Rechtsstaatsgedanke fordert einen starken Rechtsschutz gegenüber der öffentlichen Gewalt in jedem Staat, mag es sich nun um einen obrigkeitlich oder einen demokratisch regierten handeln. Im Obrigkeitsstaat werden die Vertreter rechtsstaatlicher Tendenzen dabei natürlicherweise mit einer "fortschrittlichen" politischen Opposition mindestens geistig in enger Verbindung stehen, in der liberalen parlamentarischen Demokratie dagegen ist es ebenso natürlich, daß die ermessensfeindlichen Bestrebungen vom herrschenden Regierungssystem her Auftrieb erhalten.

Weiter hat zur verstärkten Zurückdrängung des VerwaltungsE. vor allem aber auch die neue Verfassung selbst beigetragen - sie hat in ihrer "rechtsstaatlichen Verklärung" (9) eine starke Strahlungskraft bewiesen und hat in ganz besonderem Maße wohl auf die Praxis der Gerichte eingewirkt.

Die Tendenz, den Rechtsschutz gegenüber der öffentlichen Gewalt durch Einschränkung des VerwaltungsE. zu verstärken, zeigt sich auf dem Gebiet der *R e c h t s p r e c h u n g* besonders augenfällig in der Praxis der obersten Verwaltungsgerichte Württembergs und Bayerns. Es wird darauf in den folgenden Teilen dieses Abschnitts noch einzugehen sein.

Im verwaltungsrechtlichen *S c h r i f t t u m* sind die Bestrebungen, das VerwaltungsE. einzuengen, zunächst sehr deutlich in kritischen Äußerungen über die bisherige Rechtsprechung des Bayerischen VGH zutage getreten. Besonders bemerkenswert erscheint dabei, daß zwei der kritischen Stimmen aus dem Kreis der Angehörigen des Gerichtshofs selbst kamen. So hat der Rat am BayVGH, BRAUNWART im Jahre 1921 auf die Widersprüche (10) in der Judikatur des Gerichtshofs hingewiesen und dabei die Ansicht vertreten, daß über die unbestimmten Begriffe des Verwaltungsrechts "der Verwaltungsrichter ebensogut zu befinden" habe "wie der Beurteilung des Zivilrichters die zahlreichen unbestimmten Gesetzesbegriffe des BGB unterstellt" seien (11). Ebenfalls aus dem Jahre 1921 stammt eine kritische Betrachtung des Senatspräsidenten a. D. am BayVGH v. MORHART. Dieser hat die vom Gerichtshof noch immer vertretene Ansicht, daß die Verwaltungsbehörden das "Bedürfnis" im Gaststättenrecht und ähnlich Fragen nach freiem E. zu würdigen hätten, als "nicht richtig" bezeichnet, da es sich in allen Angelegenheiten dieser Art "um bestrittene *R e c h t s* - Ansprüche" handle (12).

(9) W. JELLINEK, VStRL., H. 2, S. 79

(10) vgl. Abschn. I C 2

(11) Bl. 71/6; zur Verdeutlichung des verfassungspolitischen Hintergrundes der Äußerungen Braunwarts sei darauf hingewiesen, daß Br. bereits im Dezember 1918 die Forderung erhoben hat, die Verwaltungsrechtspflege als eines der "wichtigsten verfassungsmäßigen Mittel" zur Gewährleistung der Rechtssicherheit "im freiem Volksstaat" weiter auszubauen (Bl. 68/279 f.).

(12) Bl. 71/69 ff., Sperrung vom Verf.

Im Jahre 1923 hat dann VERVIER bereits von einem "Umschwung der Rechtsanschauung" gesprochen. Ein solcher Umschwung habe in den letzten Jahren insofern stattgefunden, als für den BayVGH. jetzt in richtiger Weise das Recht zur "Würdigung der gesamten Anspruchsvoraussetzungen .. innerhalb eines verwaltungsgerichtlich geschützten bestrittenen Rechtsanspruchs .. einschließlich der sogenannten EFragen" in Anspruch genommen werde (13).

Auch in Preußen ist bereits im Jahre 1919 dem Wunsch nach einem "Ausbau des Schutzes gegen das freie VerwaltungsE. und seinen Mißbrauch durch die Behörden .. durch die Vervollkommnung der bestehenden Gesetze" Ausdruck verliehen worden (14). Es wurde dabei besonders auf die große Handlungsfreiheit hingewiesen, die den Behörden in Kriegs- und erster Nachkriegszeit zugestanden worden waren (15).

Neben all diesen kürzeren, sich meist nur auf Teilgebiete beziehenden Äußerungen zum EProblem (16) gibt es auch umfassende Erörterungen, die den Einfluß der rechtsschutzfreundlichen verfassungspolitischen Entwicklung erkennen lassen. So hat PLAPPERT im Jahre 1928 die Ansicht vertreten, daß unbestimmte Begriffe in zwingenden Rechtssätzen stets und in ermächtigenden Rechtssätzen immer dann als Rechtsbegriffe zu behandeln seien, wenn der Begriff eine "abgrenzende Funktion" habe (17). Die Absicht Plapperts, mit diesem Satz die Grundlage für eine weitgehende Einschränkung des VerwaltungsE. zu schaffen, geht dabei besonders aus seinen kritischen Bemerkungen zur Einstellung der Gerichte und der Verwaltungsbehörden hervor (18). Er meint nämlich, daß zwar bisweilen das freie E. zu Unrecht verneint worden sei, daß aber "viel häufiger .. der umgekehrte Fehler gemacht" werde, "der Verwaltung die Beurteilung, ob gewisse gesetzliche Voraussetzungen vorliegen, nach freiem E. zu überlassen". Den Verwaltungsbehörden wirft er vor, daß sie zu Unrecht die "Tendenz" zeigten, in ermächtigenden Rechtssätzen Ermessens- statt Rechtsbegriffe anzunehmen. - Ebenso wie Plappert hat sich SCHEUNER im Jahre 1928 im ganzen zu einer verstärkten Ein-

(13) Vervier, Sp. 404 i. V. mit Sp. 393 f.; nach BRAUNWARTS Meinung (BayGemZ., Jg. 33, Sp. 406 ff.) stimmte Verviers "These mit der neueren .. Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich der EFrage im allgemeinen .." überein, wenn auch die ERechtsprechung des VGH. "noch mancherlei Berichtigung und Verbesserung" bedürfe.

(14) GOTTWALD, PrVB1. 41/101

(15) vgl. dazu auch die im folgenden erwähnte Stellungnahme DREWS', des Präsidenten des PrOVG., gegen das "Verwaltungs-Standrecht"

(16) vgl. etwa noch ISAY (Rat beim PrOVG.) in RuPrVB1. 53/201 ff.

(17) Plappert, S. 57 u. 61 f.; nach Pl. ist auch die Bedürfnisfrage im Gaststättenrecht seit jeher eine Rechtsfrage gewesen.

(18) Plappert, S. 62

engung des unkontrollierbaren Bereichs des VerwaltungsE. bekannt. Er hat den "Vorwurf", die Verwaltungsgerichte "dehnten ihre Kontrolle über die Grenzen ihrer Zuständigkeit aus", als "unbegründet" bezeichnet (19) und hat unter anderem die "neue" Rechtsprechung des BayVGh. zum Problem des unbestimmten Begriffs (20) gebilligt (21).

Im Widerspruch zu all den vorgenannten Stimmen hat sich als wohl einziger Autor der Weimarer Zeit der Ministerialrat im Württ. Innenministerium HOFACKER gegen die "Verdeckung des freien E.", gegen den gewaltsamen Versuch, "EFreiheit in Rechtsgebundenheit umzustülpen" (22) und gegen den "Trick der Lehre von den EFehlern" (23) gewandt. Aber auch er muß zugestehen, daß "das freie E. in seiner Entfaltung .. zurückgedrängt worden" (24) und daß den "unterirdischen, nicht recht faßbaren Kräften" in ihrem "Kampf gegen .. das freie E." immer mehr Erfolg beschieden sei (25).

Zu erwähnen bleibt noch, daß die "Großen" der deutschen Verwaltungsrechts-Wissenschaft in der Zeit der Weimarer Republik mit grundsätzlichen Veröffentlichungen zum EProblem nicht hervorgetreten sind. Die W. JELLINEK, BÜHLER, LAUN und STIER-SOMLO hatten ihre, im rechtsstaatlichen Sinne auf eine mehr oder weniger starke Einschränkung des VerwaltungsE. gerichtete Meinung bereits um 1910 kundgetan und haben dem später nur wenig Neues hinzugefügt. Immerhin läßt sich aber doch wenigstens bei W. JELLINEK feststellen, daß sich seine Ansichten in den zwanziger Jahren in Richtung auf eine noch engere Begrenzung des

(19) Scheuner, S. 68

(20) vgl. unten Abschn. III D

(21) Seite 69; die Bedürfnisfrage im Gaststättenrecht sieht Sch. allerdings noch als EFrage an, da das Gesetz es "an jedem erkennbaren Grundsatz" fehlen lasse (S. 81)

(22) WürttZ. 1922/54

(23) Staatsverwaltung, S. 250

(24) a. a. O., S. 257

(25) a. a. O., S. 257 u. WürttZ. 1922/54

kontrollfreien Raums der Verwaltungstätigkeit gewandelt haben (26). - OTTO MAYERS "Deutsches Verwaltungsrecht" läßt in der dritten, aus dem Jahre 1924 stammenden Auflage in bezug auf die Erörterung des EProblems nennenswerte Veränderungen gegenüber den Voraufagen kaum erkennen (27). Auch in der Neuauflage wird zum Problem des unbestimmten Begriffs kaum Stellung genommen, und

- (26) So werden im Jahre 1913 (Ges., S. 37 f.) die Begriffe "Tagesanbruch" und "Horde" noch als Musterbeispiele für jene unbestimmten Begriffe genannt, bei denen es neben einer "Sphäre der positiven" und einer der "negativen Gewißheit" eine solche des "möglichen Zweifels" gebe, in welcher die aktive Verwaltung in die Gerichte bindender Weise entscheiden könne; im Jahre 1928 dagegen meint J. (VR., 1. Aufl., S. 30; vgl. auch VR., 3. Aufl., 1931, S. 31), daß "es sehr unwahrscheinlich" sei. "daß es vom E. der Polizei .. abhängen soll, ob der Tagesanbruch an der frühesten oder an der spätesten Grenze oder in der Mitte liegt". Vielmehr müsse "man -- aus dem unbestimmten Begriff einen bestimmten machen"; dies habe auch für den Begriff der "Horde" zu gelten. Weiter behandelt J. (Ges., S. 132) die Frage des Bedürfnisses im Gaststättenrecht zunächst als EFrage, da den Behörden hier "ein Stück Alkoholpolitik anvertraut" sei. Ebenso wirft er noch i. J. 1925 (VStRL., H. 2, S. 65) dem hamb. OVG. vor, daß es durch die Prüfung des Bedürfnisses für die Veranstaltung von Singspielen die ihm gesetzten Grenzen überschritten habe. Im Jahre 1931 dagegen meint er (VR., 3. Aufl., S. 33 f.), daß es "denkbar wäre, daß auch bei der Prüfung des öffentlichen Bedürfnisses für die Erteilung einer Theatergenehmigung" der Begriff des Bedürfnisses als Rechtsbegriff zu behandeln sei, und räumt weiter ein, daß die Bedürfnisfrage im Gaststättenrecht, nachdem sie gem. § 18 Zff. 2 GastStGes, der richterlichen Nachprüfung unterworfen sei, "nach dem mutmaßlichen Gesetzeswillen aus dem Bereich des freien E." ausscheide.
- (27) vgl. 2. Aufl., Bd. I, S. 136, Anm. 7; S. 164 ff. u. 231 ff, mit 3. Aufl., Bd. I, S. 133, Anm. 7; S. 159 ff. und 222 f.

auch hier sind Begriffe wie "fehlerhaftes E." und "EMißbrauch" im Sachregister nicht zu finden. Die natürliche Beharrungskraft ist eben doch wohl stärker gewesen als alle noch so mächtigen Einflüsse, die von der politischen Entwicklung wie auch von der inzwischen vielfach gewandelten Rechtsprechung der obersten Verwaltungsgerichte ausgegangen sind.

Anders als in der Verwaltungs-Rechtsprechung und im Schrifttum ist auf dem Gebiet der Verwaltungs - G e s e t z g e b u n g nach 1918 zunächst wenig von einer Beeinflussung durch die politische Umwälzung und insbesondere das rechtsstaatliche Gedankengut der Weimarer Verfassung zu spüren gewesen. Zwar wurde gemäß Art. 107 WV. in den Jahren 1921 bis 1924 in Mecklenburg, Hamburg, Bremen und Thüringen die Verwaltungsgerichtsbarkeit neu eingeführt bzw. neu geordnet (28). Auf der anderen Seite aber wurde dafür der "Rechtsstaat" durch die Beibehaltung und den Ausbau des aus der Not der Kriegs- und der ersten Nachkriegszeit entstandenen "Verwaltungsstandrechts" (29) desto stärker "mißhandelt" (30) und geradezu "rückwärts revidiert" (31). Nach DREWS ist die im Kriege durchaus notwendige Ausschaltung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle auf vielen Gebieten verständlicherweise von der Verwaltungsbükratie gern gesehen und auch beibehalten worden. "Wunder" mußte es nach DREWS aber "einigermaßen nehmen", daß eine Änderung dieses Zustands nicht von den Parlamenten herbeigeführt wurde. Denn dort hatten "gerade die Parteien die überragende Mehrheit", die die Forderung nach Ausbau des Rechtsschutzes des Staatsbürgers gegenüber der Verwaltung früher "stets besonders lebhaft als Grundbedingung eines Rechtsstaats verfochten" hatten (32).

Eine Wandlung ist hier erst in der zweiten Hälfte der zwanziger Jahre nach der Beseitigung der größten Notstände der Nachkriegszeit zu beobachten (33). Und erst um das Jahr 1930 hat sich dann die nun auch beim Gesetzgeber zu beobachtende Tendenz, in erhöhtem Maße Rechtsschutz gegenüber der öffentlichen Gewalt zu gewähren, in einigen großen Verwaltungsgesetzen bzw. in deren Entwürfen niedergeschlagen. Von diesen Gesetzen sei als erstes das Preußische Polizeiverwal-

(28) vgl. W. JELLINEK, VStRL., H. 2, S. 18 ff. und derselbe a.a.O., S. 63 über den besonders bemerkenswerten § 9 des Bremer Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 6.1.24, der wohl erstmals in einem VGG, den "EMißbrauch" als Anfechtungsgrund ausdrücklich erwähnte.

(29) DREWS, ZStaatsW., S. 592

(30) W. JELLINEK, VStRL., H. 2, S. 54

(31) DREWS, ZStaatsW., S. 595

(32) ZStaatsW., S. 592; vgl. auch KAUFMANN, der (VStRL., H. 2, S. 115) von "großen Verlustlisten des Rechtsstaatsgedankens" spricht.

(33) W. JELLINEK glaubt i. J. 1925 (VStRL., H. 2, S. 57) "vermuten" zu dürfen "daß das "Verwaltungsstandrecht" .. seinen Höhepunkt überschritten hat und im Abbau begriffen ist".

tungsgesetz vom 1.6.1931 (34) erwähnt, das im wesentlichen eine Kodifikation der vom PrOVG. entwickelten, den Forderungen des Rechtsstaats entsprechenden Polizeirechts-Grundsätze darstellt (35). Weiter darf in diesem Zusammenhang auf das Gaststättengesetz vom 28.4.1930 (36) verwiesen werden. Die alte Streitfrage, ob das "Bedürfnis" im Gaststättenrecht ein Ermessens- oder ein unbestimmter Rechtsbegriff sei, ist hier im rechtsstaatlichen Sinne entschieden worden, indem der Gesetzgeber den Nachweis des Bedürfnisses der gerichtlichen Nachprüfung unterworfen hat (37) und damit die Bedürfnisfrage "aus dem Bereich des freien E. hat "ausscheiden" lassen (38). Schließlich sei noch der aus dem Jahre 1931 stammende Entwurf einer württembergischen Verwaltungsrechtsordnung (39) genannt, dessen rechtsstaatlicher Charakter sich unter anderem in der für Württemberg besonders bemerkenswerten ausdrücklichen Anerkennung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (40) und in der Behandlung des EProblems zeigt (41).

(34) PrGS. 77 ff.

(35) vgl. etwa die Begründungen zu §§ 14 und 41 PVG., zit. bei FRANZEN, Bd. I, S. 80 ff. bzw. Bd. II, S. 130

(36) RGBL. 146 ff.

(37) § 18 Ziff. 2

(38) JELLINEK, VR., S. 34

(39) Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg. Entwurf eines Gesetzes mit Begründung

(40) vgl. Art. 64 Abs. I mit Begründung (a. a. O., S. 223 ff.)

(41) Art. 65: "Soweit die Vornahme von Verwaltungsakten oder die Bestimmung ihres Inhaltes im E. der Verwaltungsbehörde liegt, ist die Entscheidung nach sachlichen Gesichtspunkten unter gerechter und billiger Abwägung des öffentlichen Interesses und der Einzelinteressen zu treffen". - In der Begründung zu diesem Artikel wird der im Abschn. III C näher dargestellten, auf eine Einschränkung des EBereichs gerichteten "neuen" Rechtsprechung des WürttVGH. Rechnung getragen; weiter wird unter wenigstens teilweiser Anerkennung der oben skizzierten Anschauungen PLAPPERTS beispielweise zugegeben, daß auch das "Bedürfnis" des Gaststättenrechts durchaus als Rechtsbegriff angesehen werden könne (a. a. O., S. 230 f.).

Der enge Zusammenhang zwischen verfassungspolitischer und verwaltungsrechtlicher Entwicklung in der Zeit der Weimarer Republik ist bereits während der Geltungsdauer der Reichsverfassung von 1919 erkannt worden (42). Zwar glaubte noch im Jahre 1923 OTTO MAYER darauf hinweisen zu können, daß, wie "man anderwärts schon längst beobachtet" habe, "Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht dagegen "besteht" (43). Bereits wenige Jahre später aber hat sich dann die Erkenntnis durchgesetzt, daß dieser Erfahrungssatz, der nach BÜHLER (44) aus der französischen Staatsentwicklung des 19. Jahrhunderts stammt, für die moderne Entwicklung in Deutschland nur in recht beschränktem Umfang Gültigkeit beanspruchen kann (45). So hat FLEINER im Jahre 1928 im Vorwort zur achten Auflage seiner "Institutionen" festgestellt, daß "die Neugestaltung des Verfassungsrechts in Deutschland einen starken Einfluß auch auf das Verwaltungsrecht ausgeübt" habe. Weiter hat W. JELLINEK ein Jahr später davon gesprochen, daß die WV. am Verwaltungsrecht nicht spurlos vorübergegangen sei, wenn es sich dabei auch nur "mehr um mittelbare Wirkungen" handele (46). Endlich hat BÜHLER um dieselbe Zeit die Veränderungen in der Verwaltungsrechtsordnung, die durch die staatsrechtliche Umwälzung hervorgerufen worden seien, als "doch recht bedeutend" bezeichnet (47).

(42) Befremdlich mag es allerdings erscheinen, daß sich Rechtsprechung und Schrifttum zur Begründung "rechtsstaatlicher" Ansichten über das E. kaum einmal auf die WV. als "ein Wahrzeichen des Rechtsstaates" berufen haben (vgl. JELLINEK, VR., S. 447). Bei näherem Hinsehen erklärt sich dies aber leicht daraus, daß die WV. keineswegs, wie heute das Bonner Grundgesetz, von allen bestehenden Parteien im ganzen als Grundlage der staatlichen Ordnung anerkannt worden ist. Die WV. ist vielmehr auch von den staatsbejahenden Parteien - von der extremen Links- und Rechtsopposition gar nicht zu sprechen - wegen der "unlöslichen Widersprüche" (APELT, S. 366), die sich in den Grundrechten fanden, immer wieder in den parteipolitischen Streit hineingezogen worden.

(43) Im Vorwort zur 3. Aufl. des Dt. VerwRechts

(44) Rechtsschutz, S. 11

(45) vgl. auch H. PETERS, Die Wandlungen der öffentlichen Verwaltung . . , 1954, S. 25

(46) Reichsverfassung, S. 519

(47) Rechtsschutz, S. 11

B

In der Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts läßt sich die Tendenz zur Ausdehnung des Rechtsschutzes gegenüber der öffentlichen Gewalt im Vergleich zur Jurisdiktion des bayerischen und des württembergischen Gerichtshofs verhältnismäßig am wenigsten deutlich nachweisen. Der Grund dafür ist darin zu suchen, daß das OVG. bereits in den ersten vier Jahrzehnten seiner Tätigkeit außerordentlich stark in den Bereich des Verwaltungshandlung eingegriffen hatte und daß so für eine Ausdehnung des Rechtsschutzes nur ein geringer Spielraum verblieben war.

Immerhin hat das PrOVG. in der Zeit der Weimarer Republik das E. der Polizei behörden dadurch noch stärker als bisher eingeschränkt, daß es in einer bedeutsamen Entscheidung aus dem Jahre 1930 neue Grundsätze hinsichtlich der Überprüfung von Polizei-Verordnungen entwickelt hat. Weiter läßt sich beobachten, daß die Rechtsprechung des Gerichts auf dem Gebiet der Efehler von etwa 1920 ab einen beträchtlich größeren Umfang als vorher angenommen hat. Schließlich kann auch noch die Erscheinung als ein Zeichen für das Erstarken des Rechtsschutzgedankens in den zwanziger Jahren angesehen werden, daß das PrOVG. auch in der politisch so unruhigen Zeit um 1930 ganz konsequent an seiner bisherigen weitreichenden Kontrolle der Tätigkeit der Polizei festgehalten und nicht etwa den Polizeibehörden unter Hintansetzung der Rechtsschutzinteressen des Staatsbürgers etwas mehr "freie Hand gelassen" hat.

Vom PrOVG. war bisher die Prüfung der Frage der "Notwendigkeit" bei Polizei-Verordnungen und dementsprechend auch bei Polizei-Verfügungen, die lediglich der Ausführung von Verordnungen dienen, in jeder Hinsicht abgelehnt worden (1). Weiter hatte das Gericht seither angenommen, daß als Voraussetzung

(1) So wurde im U. v. 9. 1. 12 (PrVBl. 33/701 f., 702) ausdrücklich festgestellt, daß eine bestimmte Anforderungen an die Beschaffenheit eines Weges stellende PolVerf. wohl dann auf ihre Notwendigkeit zu überprüfen sei, wenn es sich um eine selbständige Verf. handle, nicht aber dann, wenn sie auf Grund einer PolVO., die diese Anforderungen regelt, als unselbständige Verf. erlassen worden sei (regelmäßig nachgeprüft wurde allerdings die Frage der Notwendigkeit bei solchen PolVerfen., die unter Bezugnahme auf nur "eine Wiedergabe der nach preuß. Recht . . bestehenden Befugnisse der Polizei" - so U. v. 30. 4. 08, PrVBl. 30/441 f. - enthaltende PolVOen. bzw. auf Grund von lediglich eine Genehmigungspflicht vorschreibenden PolVOen. erlassen wurden - vgl. etwa U. v. 22. 4. 12, PrVBl. 33/821 f., 822). - Der Grund für (Forts. Fußnote (1) s. S. 105).

für den Erlaß verkehrspolizeilicher Verordnungen nicht - wie nach § 10 II 17 ALR. vorgeschrieben - eine Gefahr "bevorzustehen" brauche, sondern daß hier die bloße "M ö g l i c h k e i t" (2) einer Verkehrsbehinderung genüge (3).

Mit dieser seiner bisherigen Praxis hat sich das Gericht nun in einer umfangreichen Entscheidung aus dem Jahre 1930 auseinandergesetzt (4). Es hat dabei zunächst festgestellt, daß der Verwaltungsrichter "vor allem auch nachzuprüfen" habe, "ob eine PolVO. sich innerhalb des Rahmens des gesetzlichen Begriffs der 'nötigen Anstalt'" halte. Die Polizeibehörden seien nämlich auch beim Erlaß von Polizei - V e r o r d n u n g e n grundsätzlich an § 10 II 17 ALR. gebunden. "Recht eigentlich dem Gebiet des richterlichen Prüfungsrechts" aber gehöre es an, nachzuprüfen, ob nicht "eine PolVO. auf grundsätzlicher Verken- nung eines ihr wesentlich zugrunde liegenden gesetzlichen Begriffs" beruhe (5). Weiter hat sich das PrOVG. in jenem Urteil mit der Frage der erwähnten Aus- nahmestellung von Verordnungen befaßt, die das Gebiet der Verkehrspolizei

(1) Forts. d. Fußnote (1) von S. 104; diese Zurückhaltung des PrOVG. ist wohl darin zu suchen, daß die VO. gegenüber der Verf. "rechtsstaatlich" als "das Bessere" angesehen wurde, "da sie alle, die es angeht, ohne Ansehen der Person trifft" (so JELLINEK nach O. MAYER in VR., S. 431).

(2) U. v. 9.3.03 (43/209 ff., 212)

(3) Der Erlaß von PolVOen., die der Fürsorge für die Leichtigkeit des Verkehrs dienten, wurde vom PrOVG. und der h. M. nicht auf § 10 II 17 ALR., sondern auf § 6 Buchst. b des PolVerwG. v. 1850 gestützt - Näheres darüber vgl. DREWS, PolR., S. 39 f.

(4) U. v. 15.5.30 (87/301 ff.); es handelte sich dabei um die Frage, ob aus verkehrspolizeilichen Gründen eine pol. Genehmigung für das Anbringen von Reklameschildern j e d e r Art vorgeschrieben werden könne - also auch solcher Schilder, die nach den Erfahrungen des täglichen Lebens normalerweise n i c h t geeignet sind, Störungen des Verkehrs hervorzurufen (insbes. einfacher Marken- u. Firmenschilder). Bisher war die Rechtsgültigkeit solcher PolVOen. vom PrOVG. wie auch sonst in der höchstrichterlichen Rechtsprechung stets anerkannt worden (vgl. a. a. O., S. 306); a. a. O., S. 315 ff. wurde die PolVO., die der angefochtenen Verfügung zugrunde lag, jedoch als ungültig angesehen, da es bei Reklameschildern unter normalen Umständen an der "Wahrscheinlichkeit der Beeinträchtigung der Leichtigkeit des Verkehrs" fehle.

(5) U. v. 15.5.30 (87/311)

betreffen. Das Gericht kam dabei zu dem Ergebnis, daß zwar "die Polizei bei der Sorge für die Leichtigkeit des Verkehrs eine freiere Stellung" habe "als bei der allgemeinen Gefahrenabwehr", daß aber doch auch hier "eine sich aus den Tatsachen ergebende W a h r s c h e i n l i c h k e i t" (6) einer Verkehrsstörung bestehen müsse (7). In der Begründung berief sich das OVG. dabei auf eine frühere Entscheidung, bei der es sich um eine VO. außerhalb des Bereichs der Verkehrspolizei gehandelt hatte und in der festgestellt worden war, daß die Polizeibehörde eine VO. nur dort erlassen dürfe, wo "nach den Erfahrungen des täglichen Lebens . . n o r m a l e r w e i s e eine Gefahr einzutreten" pflege (8). Das Gericht hat also hier Polizei-Verordnungen verkehrspolizeilicher und anderer Art völlig gleichgestellt und hat damit zum ersten Mal den Begriff der "abstrakten Gefahr" (9) als Voraussetzung für die Gültigkeit von polizeilichen Verordnungen e i n h e i t l i c h aufgefaßt.

Auf dem Gebiet der E r m e s s e n s - F e h l e r sind Entscheidungen, in denen mit der Kontrolle wirklich "Ernst gemacht" und der betreffende Verwaltungsakt als fehlerhaft bezeichnet wurde, von etwa 1920 ab verhältnismäßig sehr viel zahlreicher als früher zu finden. Es darf daher wohl behauptet werden, daß sich die Rechtsprechung des OVG. in diesem Bereich erst in der Zeit der Weimarer Republik in vollem Umfang entfaltet hat - mochten auch die dabei angewendeten Grundsätze sämtlich bereits in den vorausgegangenen Jahrzehnten entwickelt worden sein (10). - In einigen Urteilen aus den zwanziger Jahren hat das Gericht

(6) a. a. O., S. 311, Sperrung vom Verfasser.

(7) Die Formulierung des Urteils (a. a. O., S. 315) ist zwar - wohl um nicht offen von früheren Entscheidungen abdrücken zu müssen - recht gewunden, läßt aber doch an Klarheit nichts zu wünschen übrig: "Allerdings hat der Senat im U. v. 9.3.03 (43/209 ff., 212) die M ö g l i c h k e i t einer Störung des Verkehrs als genügende Grundlage für die Gültigkeit eines allgemeinen Verbots durch PolVO. anerkannt . . . Auch bei Anwendung dieses Grundsatzes ist aber festzuhalten, daß die das pol. Einschreiten rechtfertigende Möglichkeit nicht eine ganz entfernte sein darf. Auch diese M ö g l i c h k e i t muß vielmehr dem . . Grundsatz entsprechen, daß eine . . W a h r s c h e i n l i c h k e i t der Beeinträchtigung . . besteht" (Sperrungen v. Verf.).

(8) U. v. 18.10.28 (RuPrVB1. 50/302 f.).

(9) Im einzelnen Fall, auf den die PolVO. angewendet wird, braucht eine tatsächliche Gefahr (Gefahr "in concreto") nicht zu bestehen; vgl. DREWS, PolR., S. 112.

(10) vgl. dazu oben Abschn. I A 2 und II C

Verwaltungsakte deswegen als fehlerhaft angesehen, weil die erlassende Behörde willkürlich im Sinne von grundsatzlos gehandelt habe (11). Ebenso hat das OVG, jetzt mehrfach Polizeiverfügungen, bei deren Erlaß die Wahrnehmung fiskalischer Interessen eine Rolle gespielt hatte, wegen "Mißbrauchs der .. Polizeigewalt zugunsten finanzieller Interessen" (12) der öffentlichen Hand mißbilligt (13). Weiter ist in einer Entscheidung aus dem Jahre 1928 (14) dem betreffenden Kläger vom Gericht bescheinigt worden, daß sein Recht "auf eine selbständige, auf dem eigenen E. der Polizei beruhende Sachprüfung und Entscheidung" dadurch verletzt worden sei, daß sich die Baupolizeibehörde irrtümlich als rechtlich gebunden betrachtet habe. Ferner hat das Gericht im Urteil v. 10.1.1929 (15) bemängelt, daß bei der Prüfung eines Antrags auf Erteilung des Wandererwerbsscheins gem. § 57 a GewO. die nach ihrem E. entscheidende Behörde ihrer Prüfungs- und Begründungspflicht nicht nachgekommen sei (16). Schließlich ist in einem Erkenntnis aus dem Jahre 1934 eine PolVO. unter anderem deshalb für ungültig erklärt worden, weil in ihr der Gleichheitsgrundsatz verletzt worden sei (17).

Wie bereits eingangs angedeutet, hat das PrOVG, auch in den politisch so bewegten Jahren um 1930 in außerordentlich konsequenter Weise an der Überprüfung der u n b e s t i m m t e n B e g r i f f e festgehalten. Das Gericht hat in dieser unruhigen Zeit auch bei der Auslegung neu erlassener Gesetze der Entscheidungsfreiheit der Polizeibehörden keinerlei Zugeständnisse zugunsten einer erhöhten Schlagkraft des Polizei-Apparates gemacht. Es ist vielmehr seiner bisherigen Praxis treu geblieben und hat stets den Rechtsschutz-Belangen den Vorzug gegeben. Dies wird deutlich an den Entscheidungen, die zum "Gesetz über Schuß-

-
- (11) Ue. v. 2.6.21 (zit. in 76/430 f.), v. 8.7.26 (PrVBl. 48/68 f., 69) u. v. 7.2.29 (Gewerbearchiv 26/587 ff., 587 f.); vgl. weiter U. v. 9.12.20 (76/426 ff., 430)
- (12) U. v. 4.2.26 (PrVBl. 47/324)
- (13) Ue. v. 5.6.24 (79/157 ff., 166 f.), v. 4.2.26 (PrVBl. 47/324) u. v. 26.1.28 (82/425 ff., 427)
- (14) U. v. 1.3.28 (82/431 ff., 432)
- (15) Gewerbearchiv 26/581 ff., 584
- (16) vgl. auch U. v. 29.1.32 (89/146 ff., 151)
- (17) U. v. 4.1.34 (92/126 ff., 131 f.); ebenso wie hier hat der Verf. auch in einigen anderen Fällen Entscheidungen, die aus der ersten Zeit des nat.-soz. Staates stammen, aber von dessen Anschauungen nicht beeinflusst sind, noch als Beispiele für die Entwicklung der Verwaltungs-Rechtsprechung der Weimarer Zeit herangezogen.

waffen und Munition" v. 12.4.1928 (18) und vor allem auch zu den Notverordnungen ergangen sind, die gegen Ende der Weimarer Republik "zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen" erlassen wurden. Nach HOCHE war durch die nicht ganz klare Fassung des § 16 Abs. I Satz 1 des Schußwaffengesetzes ein "praktisch sehr bedeutsamer Zweifel" entstanden (19). Es war nämlich nicht klar, ob und inwieweit die Polizei das Vorliegen der in § 16 Abs. I genannten Voraussetzungen nach ihrem E. beurteilen dürfe, oder anders ausgedrückt, ob es sich bei der Erteilung des Waffen- bzw. des Waffen-Erwerbscheins um eine freie oder um eine gebundene Erlaubnis handele. Das PrOVG. hat sich nun im Gegensatz zu einer "Anzahl preußischer Polizeibehörden" (20) entschieden auf den Standpunkt gestellt, daß es sich bei der Erteilung der Scheine um eine g e b u n d e n e Erlaubnis handele, und hat demgemäß das Vorliegen der in § 16 Abs. I genannten Voraussetzungen ständig nachgeprüft (21). - Auch den von den erwähnten Notverordnungen Betroffenen hat das OVG. weitgehend Rechtsschutz gewährt. Getreu seiner bisherigen Praxis hat es die in den Notverordnungen enthaltenen unbestimmten Begriffe stets als R e c h t s - Begriffe behandelt. So hat es mehrfach nachgeprüft, ob eine "Beschimpfung" oder ein "böswilliges Verächtlichmachen" im Sinne des § 1 Abs. 1 Ziff. 2 VO. v. 28. 3. 1931 (22) vorgelegen habe. Weiter hat es in einem anderen Fall die Beschlagnahme einer Druckschrift mißbilligt, weil durch letztere nicht, wie § 2 Abs. 1 VO. v. 17. 7. / 10. 8. 1931 (23) voraussetzte, die "öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet" worden sei (24).

Der Feststellung, daß das PrOVG. auch in den politisch bewegten Jahren um 1930 den Polizeibehörden nicht etwa "etwas mehr freie Hand gelassen" habe, scheint allerdings auf den ersten Blick die Praxis des Gerichts in der "N o t w e n d i g - k e i t s" - Frage zu widersprechen. Das OVG. hat nämlich etwa ein Jahr nach Inkrafttreten des Polizeiverwaltungsgesetzes (25) seine ständige Übung, die durch

(18) RGBL. 143 ff.

(19) RuPrVBl. 51/635 ff., 636; § 16 Abs. I S. 1 Schußwaffenges. lautete: "Waffen- ..-Erwerbscheine oder Waffenscheine dürfen nur an Personen, gegen deren Zuverlässigkeit keine Bedenken bestehen, ausgestellt werden, Waffenscheine außerdem nur bei Nachweis eines Bedürfnisses."

(20) HOCHE, a. a. O., S. 636

(21) U. v. 23. 5. 29 (84/251 ff.) zum W.-Erwerbschein; Ue. v. 31. 10. 29 (84/253 ff., 254) u. v. 9. 7. 31. (RuPrVBl. 53/756 f.) zum W.-Schein

(22) RGBL. 79 ff.; Ue. v. 10. 3. 32 u. v. 28. 1. 32 (RuPrVBl. 53/493 u. 491 f.)

(23) RGBL. 371 und 436

(24) U. v. 10. 3. 32 (RuPrVBl. 53/494 f.)

(25) 1. 10. 31

eine PolVerf. angeordnete Maßnahme auf ihre Notwendigkeit zu überprüfen, ausdrücklich aufgegeben. Es hat dies damit begründet, daß gem. § 41 Abs. II Satz 1 u. 2 i. V. mit § 14 PVG. eine Recatspflicht der Polizei zum Einhalten der Notwendigkeitsgrenze nicht gegeben sei und daß deshalb eine diesbezügliche Kontrolle nicht mehr zulässig erscheine (26).

Diese "erstaunliche" (27) Wendung in der Rechtsprechung des Gerichts läßt sich aus der Fassung der §§ 41 und 14 PVG. allein kaum erklären (28). Aus der amtlichen Begründung zu § 14 (29) geht nämlich hervor, daß durch die Worte "die nach pflichtmäßigem E. notwendigen Maßnahmen" lediglich "das Opportunitätsprinzip für die Polizeibehörden unzweideutig" festgelegt werden sollte (30), daß aber eine sonstige Änderung der bisherigen Praxis keineswegs beabsichtigt war (31). § 41 PVG. hätte sich demgemäß durchaus auch so auslegen lassen, daß die Polizei nur wirklich notwendige Maßnahmen solle treffen dürfen (32), daß aber außerdem der Betroffene das Recht haben solle, unter verschiedenen möglichen Mitteln

(26) So erstmals U. v. 29. 12. 32 (90/270 ff., 272 f.); vgl. auch U. v. 11. 5. 33 (RuPrVBl. 54/875)

(27) KRAUSS, Verhältnism., S. 117

(28) § 14 Abs. I: "Die Polizeibehörden haben .. die nach pflichtmäßigem E. notwendigen Maßnahmen zu treffen, .."

§ 41 Abs. I: "Polizeiliche Verf. sind .. nur gültig, soweit sie zur Beseitigung einer Störung .. erforderlich sind."

§ 41 Abs. II S. 1-3: "Kommen zur Beseitigung einer Störung .. mehrere Mittel in Frage, so genügt es, wenn die Pol.-Behörde eines dieser Mittel bestimmt. Dabei ist tunlichst das den Betroffenen .. am wenigsten beeinträchtigende Mittel zu wählen. Dem Betroffenen ist auf Antrag zu gestatten, ein von ihm angebotenes anderes Mittel anzuwenden, durch das die Gefahr ebenso wirksam abgewehrt wird."

(29) zit. bei FRANZEN, Bd. I, S. 80 ff.

(30) vgl. a. a. O., S. 81

(31) Ebenso KRAUSS, Verhältnism., S. 82 f.; a. A. aber etwa REUSS, StaatsZ., S. 19

(32) vgl. § 41 Abs. I !

das gerade für ihn am wenigsten belastende zu wählen (33). Eine solche Auslegung hätte auch der Haltung entsprochen, die das PrOVG., dessen Rechtsprechung ja "im wesentlichen kodifiziert" werden sollte (34), in einer Reihe von Urteilen aus den Jahren 1924 bis 1932 zu dieser Frage eingenommen hat. Das Gericht hat nämlich immer wieder festgestellt, daß nach ständiger Rechtsprechung die Polizei zwar nur das jeweils nötige Mittel anwenden dürfe, daß sie aber nicht verpflichtet sei, nach der gerade den Betroffenen am wenigsten belastenden Maßnahme zu forschen; vielmehr müsse es diesem überlassen werden, entsprechende Vorschläge zu machen (35). - Der wahre Grund für die Änderung der Rechtsprechung des PrOVG. dürfte denn auch auf einem ganz anderen Gebiet als im Wortlaut der §§ 14 und 41 PVG. zu suchen sein: Die Vorinstanzen des OVG. sind nach DREWS "oft geneigt" gewesen, Verfügungen, die ihnen unzumutbar erschienen, mit der Begründung aufzuheben, daß es an der Notwendigkeit der angeordneten Maßnahme fehle. Sie haben "sich damit als eine Art Nebenregierung" eingeschaltet und haben auf diese Weise "eine einheitliche Leitung durch die verantwortliche Zentralinstanz unmöglich" gemacht (36). Diese Störungen der von der Regierung eingeschlagenen Linie durch die Verwaltungsgerichte sind es wohl gewesen, die das PrOVG. zur Änderung seiner Rechtsprechung in der Frage der Notwendigkeit von Polizei-Verfügungen veranlaßt haben. Das Gericht wollte die Zuständigkeit der Vorinstanzen einschränken und diesen damit die Möglichkeit nehmen, sich als "eine Art Nebenregierung" zu betätigen. Im übrigen liegt dabei die Vermutung nahe, daß das beanstandete Verhalten der preußischen Verwaltungsgerichte mit der nach 1918 einsetzenden "starken Politisierung" (37) der Selbstverwaltungsorgane zusammengehangen hat. Es dürfte also auch hier ein - wenn auch nur mittelbarer - Zusammenhang zwischen verfassungspolitischer Entwicklung und Rechtsprechung des PrOVG. bestanden

(33) Ebenso auch Krauss, Verhältnism., S. 82 ff. u. 117; vgl. dazu auch RuPrVB. 52/121 f., wo sich W. JELLINEK dagegen wendet, daß durch die erwähnte Fassung der §§ 14 und 41 PVG. "der Anschein erweckt" werde, als solle die Notwendigkeitsfrage zur Frage gestempelt werden, was gegen die "durchaus herrschende" Meinung verstoße.

(34) vgl. Begründung zu § 41 PVG., zit. bei FRANZEN, Bd. II, S. 130

(35) vgl. etwa Ue. v. 6.3.24 (79/371 ff., 373) u. v. 23.4.31 (RuPrVB. 52/780 f.).

(36) DREWS (PolR., 3. Aufl., 1932, S. 82) nennt allerdings die Vorinstanzen des PrOVG. nicht beim Namen, sondern spricht vom - preußischen - "Verwaltungsrichter" ganz allgemein; vgl. auch DREWS, RuPrVB. 50/3.

(37) HEFFTER, Selbstv., S. 776

haben (38).

Die Wendung in der Notwendigkeits-Rechtsprechung des PrOVG. hat jedoch kaum eine Verminderung des Rechtsschutzes des Staatsbürgers gegenüber der öffentlichen Gewalt zur Folge gehabt (39). Einmal gewährte die Bestimmung des § 41 Abs. II Satz 3 in der Regel einen genügenden Schutz und zum andern wurde vom Gericht die Möglichkeit anerkannt, bei krassem Mißverhältnis zwischen Wahl des Mittels und angestrebtem Erfolg E Mißbrauch anzunehmen (40). Die Änderung der Praxis des OVG steht also *n i c h t* im Widerspruch zu der oben getroffenen Feststellung, daß sich das Gericht auch durch die bewegten politischen Verhältnisse der Jahre um 1930 nicht zu einer Beeinträchtigung des bisher von ihm gewährten umfangreichen Rechtsschutzes hat bewegen lassen.

C

In der Ermessens-Rechtsprechung des *W ü r t t e m b e r g i s c h e n* Verwaltungsgewichtshofs läßt sich in der Zeit von 1918 bis 1933, und zwar insbesondere in den

(38) Im vorrevolutionären Preußen waren sowohl das Parlament als auch die ehrenamtlichen Mitglieder der gem. § 7 LVG. gleichzeitig als Verwaltungsgerichte tätigen Kreis- und Bezirksausschüsse nach Wahlrechts-Bestimmungen gewählt worden, die die besitzenden Schichten stark begünstigt hatten (vgl. HEFFTER Selbstv., S. 614 ff.); in Zentralregierung und Selbstverwaltungsorganen hatten also weitgehend Angehörige der gleichen politischen Richtungen maßgebenden Einfluß gehabt. Mit der nach 1918 erfolgten Einführung des Reichstagswahlrechts auch für Landtag und Kreis- sowie Provinzialvertretungen hatte bei der politischen Heterogenität der einzelnen Teile Preußens diese weitgehend einheitliche politische Ausrichtung zwangsläufig starken Differenzierungen Platz gemacht; außerdem war eine früher nicht gekannte politische Radikalisierung eingetreten, die den "Eintritt ungeeigneter Laienelemente politisch radikalster Art .. in den Kreis-, Stadt- und Bezirksausschuß" befürchten ließ (STIER-SOMLO, VStRL., Heft 2, S. 109).

(39) Auch FRANZEN als Gegner der "neuen" Rechtsprechung gibt dies zu (Bd. I, S. 132).

(40) vgl. U. v. 29.12.32 (90/270 ff., 273)

ersten Jahren nach der politischen Neuordnung, eine teilweise geradezu umwälzende Entwicklung beobachten, in unvergleichlich größerem Umfang als vorher hat der Gerichtshof unbestimmte Begriffe als zu überprüfende Rechtsbegriffe angesehen (1), und in einer ganzen Anzahl von Fällen hat er auch kontrolliert, ob nicht bei der Handhabung des freien E. die den Behörden gesetzten Grenzen überschritten worden seien. Der Gerichtshof hat es dabei auch nicht etwa nur bei platonischen "Nachprüfungen" in solchen Fällen bewenden lassen, in denen ein zu beanstandendes Verhalten der Behörde zweifellos nicht vorlag. Er hat vielmehr von etwa 1920 ab im Gegensatz zu früher wiederholt Verwaltungsakte als rechtswidrig bezeichnet und auf deren Aufhebung erkannt. Im ganzen gesehen hat der Gerichtshof allerdings den Bereich des VerwaltungE. auch in der Zeit der Weimarer Republik noch keineswegs ebenso weit eingeschränkt, wie es das Preußische OVG. in jenen Jahren getan hat. Auch hat es seiner neuen ERechtsprechung in mancher Beziehung durchaus noch an einer klaren Linie gefehlt. Trotzdem darf aber die Wandlung der EPraxis des VGH. angesichts der außerordentlich starken Zurückhaltung, die der Gerichtshof bis um das Jahr 1920 gegenüber den EFragen an den Tag gelegt hatte, als ein ganz besonders eindrucksvoller Beweis für den Einfluß der verfassungspolitischen Entwicklung auf die Behandlung des EProblems bezeichnet werden.

Als erstes Beispiel dafür, daß der WürttVGH. seine Neigung, "beim Vorliegen unbestimmter Begriffe eine Entscheidung nicht nach Rechtsfragen sondern nach freiem E. anzunehmen" (2), in der Zeit der Weimarer Republik weitgehend aufgegeben hat, sei der Begriff der "Gefahr" genannt. Der Gerichtshof war früher auf die Frage, ob eine Gefahr als Voraussetzung für den Erlaß einer polizeilichen Verfügung bestanden habe, in aller Regel gar nicht eingegangen (3). Demgegenüber stellte er sich jetzt auf den Standpunkt, daß das "Erfordernis der drohenden Gefährdung" bei allen Polizeiverfügungen (4)

(1) PLAPPERT (S. 49) meint, daß bereits anfangs der zwanziger Jahre "hinsichtlich der Behandlung unbestimmter Begriffe in der Rechtsprechung des VGH ein vollständiger Wandel eingetreten" sei; und selbst ein so scharfer Gegner der "neuen" Rechtsprechung wie der württ. MinRat. HOFACKER muß zugestehen: "Es ist offensichtlich, daß der VGH. durch die neuere Richtung und Bühler sich beeinflussen ließ" (WürttZ. 1922/54).

(2) BÜHLER, SubjR., S. 343 (Sperrung vom Verf.)

(3) vgl. oben Abschn. I B 2; U.e. v. 16. 11. 1887 und v. 27. 10. 1897

(4) Für PolVerfen., die auf Grund von Spezialbestimmungen ergingen, hatte er die Nachprüfbarkeit grundsätzlich bereits im U. v. 13. 11. 01 (vgl. oben Abschn. II D) anerkannt.

"als eine durch Rechtssatz (5) festgesetzte Voraussetzung" für deren Zulässigkeit anzusehen sei. Die Frage, "ob diese Voraussetzung erfüllt ist, d. h. ob die Polizei einschreiten kann", unterliege deshalb "als Rechtsfrage verwaltungsgerichtlicher Nachprüfung" (6). - Demgemäß hat der VGH. im Urteil v. 23. 12. 1929 die vom württ. Innenminister getroffene Feststellung, daß eine an einem Flugplatz entlang führende Starkstromleitung "für das Leben und die Gesundheit der am Flugverkehr beteiligten Personen eine erhebliche Gefährdung mit sich" bringe, einer eingehenden Prüfung unterzogen (7). Ebenso hat er im U. v. 21. 10. 1931 (8) nachgeprüft, ob der "öffentliche Mißbrauch der Bezeichnung Erzbischof (durch das Oberhaupt einer Sekte, der Verf.) und eine dieser Bezeichnung entsprechende Kleidung .." eine "Gefahr für die öffentliche Ordnung" habe entstehen lassen.

Das Recht zur Überprüfung weiterer unbestimmter Begriffe hat der WürttVGH. in den Entscheidungen zum "Stuttgarter Krankenhausfall" für sich in Anspruch genommen (9). Im Urteil vom 12. 11. 1921 (10) hat er in Übereinstimmung mit

-
- (5) Nämlich durch den als Gewohnheitsrecht anerkannten Satz, daß den Polizeibehörden "kraft der in der allg. Staatsgewalt enthaltenen Polizeigewalt das Recht zustehe .. die .. notwendige Ordnung im Gemeinwesen .. gegen drohende Gefahren zu schützen .." (U. v. 23. 12. 29 - Reger 51/585 ff., 591).
- (6) U. v. 23. 12. 29 (Regel 51/593); ebenso U. v. 1. 10. 30 (WürttZ. 1931, Spruchbeilage, S. 85 ff., 86 f.)
- (7) vgl. auch U. v. 1. 10. 30 (a. a. O., S. 87)
- (8) WürttRV. 1932/138 ff., 141
- (9) Die Stuttg. Baubehörde hatte den geplanten Um- u. Ausbau eines Wohnhauses zu einem Krankenhaus genehmigt. Die Beschwerde eines Nachbarn gegen diese Genehmigung war abgewiesen worden, worauf dieser Rechtsbeschwerde beim WürttVGH. unter Berufung auf Art. 95 württBauO. erhob. Auf das dieser Beschwerde stattgebende U. v. 13. 7. 21 antwortete das württ. Innen-Min. mit Erhebung der Nichtigkeitsklage wegen Kompetenz-Überschreitung (Art. 70 Abs. I württVRG.). Der Gerichtshof wies diese Klage mit U. v. 12. 11. 21 ab und hob damit die strittige Baugenehmigung endgültig auf. Da das Bauvorhaben inzwischen aber begonnen worden war, verlangte der Nachbar gem. Art. 120 Abs. II württBauO. die Abtragung des Gebauten. Die Behörde weigerte sich unter Bezugnahme auf die - später aufgehobene - Ausnahmenvorschrift des Art. 120 Abs. IV, nach der unter bestimmten - hier vorliegenden - Umständen eine Wiederherstellung des alten Zustandes nur dann verlangt werden konnte, wenn "dringende Gründe des öff. Int." vorlagen. Der WürttVGH. unterschied nach erhobener Rechtsbeschwerde, daß solche Gründe nicht vorlagen und wies die Beschwerde ab (U. v. 23. 1. 24 - WürttRV. 1924/41 ff.).
- (10) WürttRV. 1922/31 ff., 34 u. 45 ff.

demjenigen vom 13. 7. 1921 (11) festgestellt, daß die Entscheidung darüber, ob "die allgemeinen baupolizeilichen Vorschriften nicht genügen, um .. die .. Bewohner der benachbarten Grundstücke .. vor schweren Gefahren, Nachteilen oder Belästigungen zu bewahren" (§ 95 Abs. I württBauO.), dem freien E. der Verwaltungsbehörden entzogen sei. Dasselbe müsse auch gelten für Gestaltung und Inhalt der bei Vorliegen der genannten Voraussetzung zu erlassenden besonderen Bauvorschriften, die nach § 95 a. a. O. "insoweit zu erteilen" sind, "als es zur Abwendung der aus der besonderen Art der Anlage sich ergebenden Gefahren .. geboten erscheint". Weiter kam er im Urteil vom 23. 1. 1924 (12) zu dem Ergebnis, daß die Verwaltungsbehörden "nicht nach subjektivem E. zu befinden" hätten, ob "dringende Gründe des öffentlichen Interesses" im Sinne des Art. 120 Abs. IV württBauO. vorliegen. - Als Begründung für die Zulässigkeit der rechtlichen Überprüfung der genannten Begriffe hat er sowohl im Jahre 1921 als auch im Jahre 1924 zunächst den zwingenden Charakter der betreffenden Vorschriften (die Maßnahmen "sind" zu treffen) angeführt. Weiter hat er dann auf die Fassung der betreffenden Gesetzesstellen verwiesen, die darauf hindeute, daß den Behörden "bestimmte Richtlinien" (13) gegeben werden sollten, bzw. daß eine Würdigung "nach objektiven Gesichtspunkten anhand der Verkehrsanschauung und von Erfahrungssätzen" (14) vorzunehmen sei. Im ganzen aber ist der Gerichtshof "mit einer gewissen Selbstverständlichkeit" (15) davon ausgegangen, daß es sich bei jenen unbestimmten Begriffen eben nur um R e c h t s - Begriffe handeln könne - mit der gleichen Selbstverständlichkeit, mit der er etwa im Urteil vom 16. 11. 1887 (16) die Entscheidung über die Voraussetzungen für ein Einschreiten der Polizei "der Natur der Sache nach" als "Gegenstand des E." bezeichnet hatte! Das entscheidende Motiv für den Wandel in der Beurteilung der unbestimmten Begriffe ist eben nicht in juristischen Erwägungen, sondern in einer tiefgreifenden, nur aus der verfassungspolitischen Entwicklung zu erklärenden Änderung der Grundeinstellung des Gerichtshofs zum EProblem zu suchen.

Ein weiteres Beispiel für die Auslegung eines unbestimmten Begriffs als Rechtsbegriff findet sich im Urteil v. 18. 3. 1925 (17). In ausführlichen Darlegungen.

(11) vgl. WürttRV. 1922/31 f.

(12) WürttRV. 1924/41 ff., 44

(13) WürttRV. 1922/34

(14) WürttRV. 1924/44

(15) PLAPPERT, S. 49

(16) vgl. oben Abschn. I B 2

(17) WürttZ. 1925, Spruchbeilage, S. 81 ff.

die allerdings für den zu entscheidenden Fall nur theoretischen Wert hatten, ist der Gerichtshof hier davon ausgegangen, daß die Frage, ob bei der Änderung von Orts-
 -anplanen "erhebliche Interessen Dritter ohne genügenden Grund beeinträchtigt"
 (18), der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung unterliege. Als "erhebliche
 Interessen" seien dabei solche anzusehen, "deren Verfolgung rechtlich und sittlich
 geboten ist und die zugleich für die Betroffenen... von erheblicher Bedeutung sind, daß
 ihre Verletzung als besonders schwerwiegend zu erachten wäre"(19)(20).

Nicht hat sich der WürttVGH. allerdings auch in der Weimarer Zeit verstehen
 können, ein Recht zur Nachprüfung der Frage der "Notwendigkeit" einer
 einzelnen angeordneten Maßnahme für sich in Anspruch zu nehmen. Im Gegensatz
 zur ständigen Rechtsprechung des PrOVG. (21) hat sich der Gerichtshof auch wei-
 terhin auf den Standpunkt gestellt, daß z.B. von ihm nicht nachzuprüfen sei, ob
 ein Verbot als das stärkste mögliche Mittel "durchaus notwendig war und nicht et-
 wa der gleiche Erfolg mit weniger einschneidenden Mitteln erreicht werden konnte"
 (22). - Neu an dem eben zitierten Urteil aus dem Jahre 1929 ist nun aber, daß
 der Gerichtshof immerhin insofern auf die vom Beschwerdeführer gegen die Not-
 wendigkeit der verordneten Maßnahme vorgebrachten Einwendungen eingegangen
 ist, als er die Frage aufgeworfen hat, ob das polizeiliche Verbot nicht etwa auf
 einer fehlerhaften Ausübung des Ermessens beruhe. Ebenso

(18) Art. 9 Abs. I mit Art. 4 Satz 2 württBauO.

(19) a. a. O., S. 83

(20) Bisweilen hat der VGH. in den ersten Jahren nach 1918 in der Überprüfung von
 unbest. Begriffen - auch nach unseren heutigen Anschauungen - sogar etwas
 "des Guten zu viel" getan (JELLINEK, VStRL., H. 2, 1925, S. 64). So, wenn
 er im U. v. 21.2.23 (WürttRV. 1923/121 ff.) mit ausführlicher Begründung das
 Vorliegen eines "dienstlichen Bedürfnisses" für die Versetzung eines Beamten
 in ein anderes Amt nachprüfte; er änderte dann auch bald seinen Standpunkt in
 dieser Frage wieder, indem er im U. v. 14.7.25 (WürttRV. 1925/175 f., 175)
 feststellte, daß die "Bedürfnisfrage bei der Versetzung nach dem E. der Verwal-
 tung zu entscheiden" sei.

(21) vgl. allerdings oben Abschn. III B gegen Ende

(22) U. v. 23.12.29 (Reger, 51/585 ff., 600); ähnlich U. v. 1.10.30 (WürttZ.
 1931, Spruchbeil., S. 85 ff., S. 86 f.)

hat er in einer anderen Entscheidung aus dem gleichen Jahre erörtert, ob nicht die baupolizeilich angeordnete Herstellung einer Flutrinne hinsichtlich ihrer Notwendigkeit "offensichtlich über das im öffentlichen Interesse gebotene Maß" hinausgehe (23).

Außer in den beiden vorgenannten Urteilen, in denen die Kontrolle auf EFehler eng mit dem Problem der Überprüfung der "Notwendigkeit" verknüpft war, hat der VGH. auch noch in einer Anzahl anderer Entscheidungen die Frage aufgeworfen, ob nicht eine Rechtsverletzung dergestalt vorliege, daß "die für die EEntscheidung der Verwaltungsbehörden gegebenen rechtlichen Bestimmungen und Grenzen ... überschritten" worden seien (24). In einigen dieser Urteile ist allerdings das Problem lediglich kurz angedeutet und danach eine fehlerhafte EAusübung rasch verneint worden (25). Aus diesen Urteilen mit ihren als "mehr gelegentliche Bemerkungen" (26) wirkenden Ausführungen kann also nur schwer auf eine Änderung der Einstellung des VGH. zum Problem des fehlerhaften E. geschlossen werden. In zwei anderen Erkenntnissen jedoch hat der Gerichtshof in recht eingehenden Erörterungen zur Frage der "willkürlichen" EAusübung Stellung genommen (27). Freilich sind die angefochtenen Verwaltungsakte auch in diesen Urteilen nicht aufgehoben worden. Aber die Ausführlichkeit, mit der der VGH. auf das Problem eingegangen ist, darf doch als ein Zeichen dafür angesehen werden, daß der Gerichtshof in den zwanziger Jahren weit mehr als früher geneigt war, das Verwaltungshandeln auch hinsichtlich etwaiger EFehler ernsthaft auf seine Rechtmäßigkeit zu überprüfen (28).

(23) U. v. 25. 7. 29 (WürttZ. 1929, Spruchbeilage, S. 185 ff., 188)

(24) U. v. 11. 1. 33 (RuPrVB1. 55/662)

(25) So Ue. v. 6. 5. 21 (WürttRV. 1921/52) u. v. 18. 3. 25 (WürttZ. 1925, Spruchbeilage, S. 81)

(26) PLAPPERT, S. 82

(27) Ue. v. 1. 10. 30 (WürttZ. 1931, Spruchbeil., S. 85 ff., 87) u. v. 1. 12. 31 (WürttRV. 1932/136 ff., 138)

(28) Besonders augenfällig wird diese Änderung der Einstellung des VGH. bei einem Vergleich des U. v. 1. 10. 30 (WürttZ. 1931, Spruchbeil., S. 85 ff.) mit jener früher (oben Abschn. I B 2) zit. Entsch. aus dem Jahre 1887 (v. 16. 11. - Amtsblatt 1887/420 ff.). In beiden Fällen hatte sich der Veranstalter einer von Außenstehenden gestörten und deshalb aufgelösten Versammlung darüber beschwert, daß die Polizei nicht gegen die Störer vorgegangen war, sondern statt dessen die Versammlung aufgelöst hatte. Im Jahre 1887 hatte der Gerichtshof jedes Eingehen auf die Beschwerde mit dem Bemerkten abgelehnt, daß es völlig im freien E. der Polizei liege, mit welchen Mitteln sie einschreiten wolle. Im U. aus dem Jahre 1930 dagegen hat der VGH. eingehend nachgeprüft, ob sich die Polizei nicht da einer "Willkür" schuldig gemacht habe, daß sie sich etwa "ohne ausreichenden Grund" an den Beschwerdeführer statt an die Störer gewandt habe.

Als letztes Beispiel für die veränderte Einstellung des WürttVGH. zum EProblem sei noch eine Entscheidung angeführt, durch die in einem Fall der E r m e s - s e n s - Ü b e r s c h r e i t u n g die durch ein früheres Urteil erfolgte Aufhebung eines angefochtenen Verwaltungsakts bestätigt worden ist (29). Es handelte sich dabei um die Frage, ob die Verwaltungsbehörden zu Recht die Zulassung von Sonderbenutzungen öffentlicher Wege als völlig ihrem pflichtgemäßen E. überlassen betrachten könnten oder ob diesem E. gewisse Schranken gesetzt seien. Der VGH. hat dazu ausgeführt, daß die Behörden nach ungeschriebenem württ. Wegerecht d a n n nicht mehr nur nach ihrem E. - und damit ohne Zustimmung ; des Eigentümers - über derartige Zulassungen zu entscheiden hätten, wenn die Sonderbenutzung über den Rahmen der öffentlichen Zweckbestimmung eines Weges hinausgehe. Dabei sei die Entscheidung darüber, ob letzteres der Fall sei, als die Entscheidung über eine Rechtsfrage naturgemäß ebenfalls dem Verwaltungse. entzogen. Nach dieser eindeutigen Einschränkung des vom Innenministerium in Anspruch genommenen Spielraums des freien E. (30) hat der Gerichtshof dann festgestellt, daß in dem angefochtenen Urteil die verwaltungsrichterliche Kompetenz n i c h t überschritten worden und die Nichtigkeitsklage des Ministeriums deshalb a b z u w e i s e n sei.

D

Die Ermessens-Rechtsprechung des B a y e r i s c h e n Verwaltungsgerichtshofs hatte ihren "zurückhaltenden" Charakter zu einem guten Teil bereits vor der politischen Umwälzung von 1918/19 verloren. Insbesondere hatte der Gerichtshof in einer Reihe von Einzelfragen, die nach der Jahrhundertwende zum ersten Mal an ihn herangetragen worden waren, regelmäßig die betreffenden unbestimmten Begriffe als Rechtsbegriffe angesehen. In der Zeit der Weimarer Republik nun hat der BayVGH. seine ursprüngliche Scheu vor einer weitreichenden Kontrolle der

(29) U. v. 8.2.33 (WürttRV 1934/7 ff.); dieses U. erging auf eine Nichtigkeitsklage die das Innen-Min. gegen das U. des WürttVGH. v. 25.11.31 erhoben hatte.

(30) Das Innen-Min. hatte die Nichtigkeitsklage damit begründet, daß "der VGH. mit seinem U. (v. 25.11.31) .. in das Gebiet der freien Verwaltung übergreifen und damit seine Befugnisse überschritten" habe.

Verwaltungstätigkeit endgültig aufgegeben. Er hat sich nicht damit begnügt, all die vielen unbestimmten Begriffe, zu denen er in den Jahren nach dem ersten Weltkrieg erstmalig Stellung nehmen mußte, nahezu ausnahmslos als Rechtsbegriffe zu behandeln (1), sondern hat darüber hinaus die Neuorientierung seiner Rechtsprechung auch durch grundsätzliche Ausführungen bekräftigt. In diesen Darlegungen hat sich der VGH. die Ansicht seiner bisherigen Kritiker zu eigen gemacht (2), daß über einen Rechtsanspruch oder eine rechtliche Verpflichtung stets der Verwaltungsrichter endgültig zu entscheiden habe - gleichviel, ob der Gesetzgeber in der betreffenden Vorschrift einen bestimmten oder einen mehr oder weniger unbestimmten Begriff gebraucht hat. - Kennzeichnend für die jetzt vollendete tiefgreifende Wandlung der Rechtsprechung ist es, daß der Gerichtshof im Jahre 1924 in der wichtigen Frage der "Notwendigkeit" seine bisherige "alte eingewurzelte Praxis" (3) aufgegeben hat. Dieser Schritt erscheint deshalb besonders bemerkenswert, weil der VGH. hier zum ersten Mal in einer Gruppe von Fällen sei-

- (1) Die einzig, vom Verf. festgestellte Ausnahme ist die Behandlung des "Bedürfnisses" für den Betrieb eines Schauspielunternehmens (§ 1 VO v. 3.8.17 - RGBl. 681) als EBegriff; der VGH. hat hier unter Bezugnahme auf seine ständige Rechtsprechung zur ganz ähnlichen Frage des Bed. im Gaststättenrecht und unter Anlehnung an seine seitherige Einstellung zum ganz entsprechenden Problem des Bed. gem. § 33 a Abs. II Ziff. 3 GewO. - wohl um offene Widersprüche in der Behandlung der Bed.-Frage zu vermeiden - VerwE. angenommen (vgl. E. v. 1.5.25 - 46/8 ff., 10).
- (2) Außer den oben (Abschn. III A) genannten Autoren besonders v. SEYDEL (vgl. Bd. I, S. 590 ff. mit Bd. III, S. 412 f.)
- (3) In ähnlichem Zusammenhang BRAUNWART. BayGemZ., Jg. 33, Sp. 406

seine Rechtsprechung wirklich g e ä n d e r t hat (3a) (4).

Die Entwicklung des Grundsatzes, daß u n b e s t i m m t e B e g r i f f e stets als Rechtsbegriffe zu behandeln seien, wenn es um die Entscheidung über einen Rechtsanspruch oder eine rechtliche Verpflichtung gehe, hatte in der Rechtsprechung des BayVGH. bereits einige Jahre vor der Umwälzung von 1918/19 begonnen. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1915 hatte der Gerichtshof nämlich festgestellt, daß die Zuständigkeit des Verwaltungsrichters dort regelmäßig gegeben sei, "wo ein R e c h t s a n s p r u c h auf die nach § 1 GewO. .. bestehende, nur nach Maßgabe des Gesetzes beschränkte Befugnis zum Gewerbebetrieb bestritten" werde (5).

(3a) Näheres vgl. gegen Ende dieses Abschn.

(4) Weniger deutlich ist die Fortentwicklung der Rechtsprechung auf dem Gebiet der E. - F e h l e r zu beobachten. Zwar hat der VGH. auch hier in früher nicht geübter Weise das E. der Verwaltung kontrolliert, aber die betreffender Entscheidungen treten an Bedeutung gegenüber denen aus dem Bereich der unbestimmten Begriffe weit zurück. Sie enthalten nicht wie jene grundsätzliche Ausführungen und sind auch der Zahl nach verhältnismäßig gering (wie bereits früher - Abschn. II E. - näher dargelegt, konnte der Bay VGH. eine Kontrolle auf EFehler nur in jenem beschränkten Bereich ausüben, in dem er nach dem bayVGG. ü b e r h a u p t zuständig war; noch dazu war in diesem Bereich das freie E. ja durch die Rechtsprechung zum unbestimmten Begriff immer mehr eingeschränkt worden). Immerhin hat der VGH. in einer E. v. 15. 5. 31 (52/69 ff.) die nach freiem E. erfolgte und an nur e i n e n Benutzer einer Gemeindeanstalt gerichtete Anordnung eines Gemeinderates mit der Begründung aufgehoben, daß Maßnahmen der betreffenden Art (es handelte sich um eine teilweise Sperrung der Wasserzufuhr wegen Wassermangels) grundsätzlich a l l e n Benutzern gegenüber gleichmäßig zu erfolgen hätten; weiter hat er (E. v. 26. 7. 34 - 55/154 ff., 157) die nach freiem E. erfolgte Bemessung einer gemeindlichen Benutzungsgebühr als gesetzwidrig bezeichnet, weil die Höhe der Gebühr "außer jedem Verhältnis zur gemeindlichen Leistung" stehe; schließlich hat er auch einmal in einer allerdings nur beiläufigen Bemerkung vom EFehler der "polizeilichen Willkur" gesprochen (E. v. 19. 3. 33 - 54/46 ff., 50).

(5) E. v. 1. 10. 15 (36/179 ff., 184), Sperrung vom Verf.; es handelte sich hier um die Frage der für den Betrieb eines Schauspielunternehmens erforderlicher "Zuverlässigkeit in finanzieller Hinsicht" (früher § 32 Abs. II GewO)

Diese Äußerung konnte jedoch, so sehr sie von den früheren grundsätzlichen Darlegungen des VGH. zum Problem des unbestimmten Begriffs auch abwich (6), noch kaum als ein Bekenntnis zu einer wirklich grundlegenden Neuorientierung angesehen werden. Zunächst verriet nämlich die Begründung jener Entscheidung insofern eine starke Unsicherheit, als der Gerichtshof noch immer von "hinreichend festen ... das freie E. der Behörde ausschließenden Richtpunkten" gesprochen hatte (7). Weiter hatte der VGH. auch die Anwendung des neuen Grundsatzes auf den Begriff der "nötigen Mittel" (8) "dahingestellt sein" lassen (9). Schließlich ist aber auch - soweit der Verfasser feststellen konnte - von dem doch so außerordentlich weittragenden Grundsatz in den Entscheidungen des Gerichtshofs längere Zeit hindurch überhaupt nicht wieder die Rede gewesen.

Erst in einer Entscheidung aus dem Jahre 1921 findet sich dann in den Ausführungen des Generalstaatsanwalts beim VGH. wieder eine ähnliche Äußerung wie in jenem Erkenntnis des Jahres 1915. Es heißt dort, daß die Auslegung des Begriffs der "angemessenen Festsetzung" des Dienst Einkommens eines Beamten "Sache des verwaltungsrichterlichen, und nicht des reinen VerwaltungsE. sein durfte" da das Gesetz von dieser Auslegung "gewisse Rechte der Gemeindebeamten abhängig" mache (10) (11).

(6) vgl. etwa E. v. 27. 10. 1880 (2/140 ff. 144), wo darauf abgestellt wurde, ob der betr. Begriff durch "genügsam bestimmte tatsächliche Voraussetzungen" näher gekennzeichnet sei oder nicht

(7) a. a. O. S. 182

(8) Früher § 32 Abs. II GewO.

(9) a. a. O., S. 185

(10) E. v. 14. 10. 21 (42/84 ff. 90). Sperrung v. Verf. - Die Stellungnahme des GenStAnw richtete sich gegen frühere Entscheidungen des BayVGH., in denen die Frage der "Angemessenheit" stets als Frage des VerwE. behandelt worden war (so noch E. v. 15. 2. 18 - 39/90 ff.); die unbestimmte Form erklärt sich wohl daraus, daß die Stellungnahme nur noch theoretische Bedeutung hatte, da sich die gesetzlichen Grundlagen inzwischen geändert hatten.

(11) In einer anderen ebenfalls aus dem Jahre 1921 stammenden beamtenrechtlichen Entsch. v. 22. 7. 21 (42/53 ff., 55 f.) wurden die Fragen, ob ein Gemeindebeamter "vollbeschäftigt" sei und ob ein "wichtiger Grund" für die Kündigung eines B. vorgelegen habe, als Rechtsfragen behandelt, ohne daß auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis Bezug genommen worden wäre; vom Begriff "vollbeschäftigt" wurde festgestellt, daß seine Auslegung "ins Bereich des richterlichen E." gehöre und den "wichtigen Grund" behandelte die Entsch. als "eine Rechtsfrage wie in § 626 BGB, welchem dieser Begriff entnommen" sei. - Derartige Hinweise auf Fälle des richterlichen E. des BGB. konnte der Verf. übrigens früher nicht feststellen - jetzt finden sie sich in einer ganzen Reihe von Entsch. (so E. v. 22. 6. 23-44/76 ff., 79-u, E. v. 26. 10. 23-44/99ff., 99).

Endgültig und uneingeschränkt anerkannt worden ist jener neue Grundsatz dann erstmals im Jahre 1923. Es handelte sich in dem betreffenden Fall um die Frage, ob "Bedenken volkswirtschaftlicher Art" gegen die Erteilung eines Wandergewerbescheins bestünden (12). Der Gerichtshof hat diese Frage als eine solche des *richte r l i c h e n* E. bezeichnet und hat dies wie folgt begründet: Der einzelne habe einen "Rechtsanspruch darauf, daß er in Ausübung seines in der GewO. gewährleisteten Rechts (auf freie Gewerbeausübung; der Verf.) nur nach Maßgabe des Gesetzes beschränkt" werde; es könne deshalb "also keinem Zweifel unterliegen", daß es sich hier um eine Rechtsfrage handle. Daran ändere auch die Tatsache nichts, daß der Versagungsgrund ganz allgemein gehalten sei; denn Aufgabe des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes sei es, eine wie hier vom Gesetzgeber zwischen der Verwaltung und dem einzelnen gezogene "R e c h t s g r e n z e" zu finden - "gleichviel, ob der Gesetzgeber einen klaren, die in Betracht kommenden Tatsachen erfassenden Ausdruck gebraucht oder eine ganz allgemeine Fassung seines Gedankens wählt" (13). - Im selben Sinne hat sich der Gerichtshof dann in den Entscheidungen vom 26. 10. 1923 (14) und vom 14. 7. 1926 (15) zum Problem des unbestimmten Begriffs geäußert. Weiter hat er jenen neuen Grundsatz auch in einer ganzen Anzahl von Erkenntnissen auf die Frage der "Kleinrentner"-Eigenschaft (16) angewandt. Seine Begründung ging dabei dahin, daß gemäß § 14 der "Reichsgrundsätze" vom "Vorliegen gewisser tatsächlicher Verhältnisse" der Rechtsanspruch (17) auf Unterstützung, die Verpflichtung des Fürsorgeträgers zu seinen

(12) § 3 Abs. II VO. v. 24.6.16/24.11.21 in der Fassung der VO. v. 10.2.23 (RGBl. 111 ff.)

(13) E. v. 22.6.23 (44/70 ff., 78)

(14) 44/99 ff.; es handelte sich hier um die Frage, ob jemand die für ein Schauspielunternehmen "nötigen Mittel" nachweisen kann - früher § 32 Abs. II GewO.

(15) 47/60 ff.; der VGH. hat hier das Vorliegen eines "Bedürfnisses nach Gottesdienst und Seelsorge" (Art. 141 WV.) überprüft. Er hat dabei ausgeführt, daß die Festlegung eines Rechts der Religionsgesellschaften auf Zulassung zur Krankenhausseelsorge in Art. 141 WV. "nur den Zweck haben" könne, "das freie E. zu beschränken"; "Erwägungen des VerwE. .." hätten daher "bei der Erteilung der Zulassungserlaubnis ebenso auszuschneiden wie bei der Vorfrage des Bedürfnisses .." (a. a. O., S. 63 f.).

(16) § 14 der Reichsgrundsätze über Voraussetzung .. der öffl. Fürsorge v. 4.12.24 i. V. mit § 16 Abs. I u. II VO. über die Fürsorgepflicht v. 13.2.24 (RGBl. 765 ff. u. 100 ff.)

(17) Nach der damals h. M. bestand ein solcher *n i c h t*; vgl. BAATH. Komm. zur FürsorgePfIVO., 7. Aufl., 1929, S. 48 und U. des Preuß. KompKonflGerH. v. 20.6.31 (zit. bei Baath, a. a. O., 13. Aufl., 1942, S. 32, Anm. 4).

Leistungen und die Zulässigkeit der Anwendung staatsaufsichtlichen Zwanges abhängig seien (18) (19).

In der Frage der "Notwendigkeit" hat die grundsätzliche Neuorientierung der ERechtsprechung des BayVGh. zu einer Vereinheitlichung seiner Praxis geführt: Der Gerichtshof hatte in den ersten beiden Jahrzehnten nach 1900 das Problem der Notwendigkeit einer staatsaufsichtlich angeordneten Maßnahme in unterschiedlicher Weise behandelt - je nachdem, ob die Aufsichtsbehörde aufgrund der allgemeinen Vorschriften der bayerischen Gemeindeordnungen oder aufgrund neu erlassener Spezialvorschriften eingeschritten war. In Fällen der erstgenannten Art hatte er entsprechend seiner seitherigen Übung die Überprüfung der Notwendigkeit in jeder Hinsicht abgelehnt, da es sich bei dieser Frage seiner Auffassung nach voll und ganz um eine solche des freien E. handelte (20). In solchen Fällen dagegen, in denen das Einschreiten auf neu erlassenen Spezialnormen beruhte, hatte er einen Unterschied zwischen der Notwendigkeit der angeordneten Maßnahme als einer rechtlichen Voraussetzung für das staatsaufsichtliche Einschreiten (Rechtsfrage) einerseits und der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit dieses Einschreitens selbst (EFrage) andererseits gemacht (21). In zwei Erkenntnissen aus dem Jahre 1924 (22) hat der Gerichtshof diese Unterscheidung nun zum

{ 18) E. v. 12.4.26 (47/28 ff., 31); vgl. auch E. v. 7.3.27 (48/34 f.) u. v. 25.2.29 (RuPrVBl. 50/674)

{ 19) Die zu den neuen Grundsätzen teilweise in Gegensatz stehende Rechtsprechung zur Frage der "Hilfsbedürftigkeit" (vgl. oben Abschn. I C 2 gegen Ende) hat der Gerichtshof allerdings auch in den zwanziger Jahren nicht geändert; dies dürfte einmal mit der "Krankheit des horror pleni", zum andern aber auch damit zu erklären sein, daß von der "bevorstehenden Neubearbeitung des bayVGG." (v. MORHART, Bl. 71/72) wohl eine Neuregelung der Materie erwartet wurde. Wie sehr der Gerichtshof seine Einstellung zur Frage der Hilfsbedürftigkeit im übrigen selbst für revisionbedürftig gehalten haben mag, geht daraus hervor, daß er sich zur Bestätigung der Richtigkeit seiner Rechtsprechung zur Kleinrentner-Eigenschaft auf Stimmen berufen hat, die an den angegebenen Orten gerade auch an der Behandlung der Frage der Hilfsbedürftigkeit Kritik geübt hatten (vgl. SEYDEL-PILOTY, S. 421 f., Anm. 48). - Hinsichtlich der ähnlich strittigen Frage des Bedürfnisses im Gaststättenrecht sei erwähnt, daß dem Gerichtshof durch eine Novelle zum bayVGG. im Jahre 1924 die Zuständigkeit für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Versagung der Schankerlaubnis entzogen worden ist.

{ 20) vgl. oben Abschn. I C 2 am Anfang u. Abschn. II E

{ 21) vgl. DYROFF, S. 425 u. oben Abschn. II E

{ 22) E. v. 16.1.24 (BayGemZ. 1924, Sp. 332 f.) u. E. v. 2.7.24 (Bl. 73/27 f.)

ersten Mal auch auf solche Fälle angewendet, in denen die Aufsichtsbehörde aufgrund der älteren allgemeinen Vorschriften eingeschritten war (23). Er hat in beiden Entscheidungen - es ging dabei um den Bau von Wegen - in ganz eindeutiger Weise die *Rechts-Frage*, ob der betreffende Weg objektiv notwendig sei, der *Ermessens-Frage* gegenübergestellt, "ob nach Lage der Verhältnisse für die Staatsaufsichtsbehörde genügender Anlaß bestand", zur Herstellung dieses objektiv notwendigen Weges auch wirklich einzuschreiten. Bei der Frage der objektiven Notwendigkeit des Weges handele es sich - so fuhr der VGH. fort - deshalb um eine Rechtsfrage, weil es hierbei um die "gesetzlichen Voraussetzungen für die Belastung der Gemeinde mit der beschwerenden Auflage" gehe; "denn das Gesetz" (Art. 38 rechtsrh. GemO.) lege "den Gemeinden nur die Verpflichtung auf, die *notwendigen* (Sperrung vom Verf.) Wege herzustellen" (24).

(23) Diese Änderung der Rechtsprechung ist ohne Plenar-Entsch. (Art. 43 bayVGG.) erfolgt - bezeichnenderweise sind jene beiden Entscheidungen auch nicht in die amtliche Sammlung aufgenommen worden.

(24) Bemerkenswert erscheint, daß diese Ausführungen nicht etwa nur theoretischen Wert gehabt haben. Wenigstens in der einen Entsch. (v. 2.7.24) nämlich ist die Notwendigkeit verneint und der Beschwerde stattgegeben worden. - Einer "Rückfall" in die frühere Praxis hat dann allerdings die E. v. 22.2.28 (49/16 ff.) gebracht. Der Gerichtshof hat hier auf die Beschwerde einer Stadtgemeinde gegen die staatsaufsichtlich angeordnete Vornahme einer ganzen Reihe von verkehrssichernden Maßnahmen wieder die bereits aufgegebene Ansicht vertreten, daß die Frage der Erforderlichkeit der einzelnen Maßnahmen eine nicht überprüfbare Frage sei. Ihren Grund hat die Haltung des VGH. in diesem Fall wohl darin, daß er (verständlicherweise) nicht im einzelnen nachprüfen wollte, ob dieser oder jener Farbstrich auf der Fahrbahn oder irgendeine Sperrkette auch wirklich nötig sei. Auf jeden Fall aber sollte mit dieser Entsch. nicht etwa grundsätzlich von jenen Darlegungen zum Notwendigkeitsproblem aus dem Jahre 1924 wieder abgerückt werden. In einer späteren E. (v. 7.3.34 - RuPrVB1. 55/856 f.) hat der VGH. nämlich in voller Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Erkenntnisse von 1924 die Erforderlichkeit bestimmter Verkehrsschilder, deren Herstellung von der Aufsichtsbehörde angeordnet worden war, überprüft und anschließend festgestellt, daß es sich "also um notwendige Verkehrseinrichtungen" handele, zu deren Anschaffung die betreffende Gemeinde verpflichtet sei.

Zusammenfassung

und

Ausblick

Die Untersuchung hat zunächst ergeben, daß die ERechtsprechung der obersten Verwaltungsgerichte Preußens, Bayerns und Württembergs in ihren Anfängen von der vorangegangenen verfassungspolitischen Entwicklung dieser Länder entscheidend beeinflußt worden ist.

Weiter hat sich gezeigt, daß in den ersten beiden Jahrzehnten nach 1900 zwischen den Kräften, die besonders im Schrifttum auf ein Zurückdrängen des freien E. hingearbeitet haben, und den politischen Bestrebungen, die der Überwindung des Obrigkeitsstaates galten, eine innere Verbindung bestanden haben muß.

Sodann konnte festgestellt werden, daß während der Zeit der Weimarer Republik dem rechtsstaatlichen Charakter der Reichsverfassung ein weiteres Erstarken der "Rechtsstaatsbewegung" entsprochen hat. Diese Erscheinung konnte auf zwei Ursachen zurückgeführt werden: Einmal hat die politische Umwälzung der Jahre 1918/19 offenbar einen nicht geringen Teil derjenigen Kräfte, die in Wissenschaft und Praxis schon bisher Träger "ermessensfeindlicher Bestrebungen" gewesen waren, zu verstärkter Aktivität angespornt. Zum andern aber haben die rechtsstaatlichen Sätze der Reichsverfassung augenscheinlich eine starke Strahlungskraft bewiesen und dem Gedanken einer Erweiterung des öffentlichen Rechtsschutzes zahlreiche neue Anhänger gewonnen.

Zusammenfassend darf also gesagt werden, daß in Deutschland die Behandlung des EProblems in Wissenschaft und Praxis bis zum Jahre 1933 stets in hohem Maße von der staatspolitischen Entwicklung abhängig gewesen ist (1).

(1) Der "geistige Vater" der bayerischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, KARL BRATER, hat bemerkenswerterweise bereits im Jahre 1868 auf diese Zusammenhänge hingewiesen; er prophezeite nämlich bei den Beratungen über den Entwurf eines bayVGG., daß mit dem Vorschreiten der politischen Entwicklung das Gebiet des freien E. immer mehr eingeschränkt und dafür das des Rechts und der Verwaltungsrechtspflege erweitert werden würde (zit. bei KAHR - S. 81 - aus Verhandlungen der KdAbg. des bay. Landtages 1866/68, Beilage-Bd. IV, S. 169; über Brater vgl. BRAUNWART, FestschrVGH., S. 13).

In das G r u n d g e s e t z haben rechtsstaatliche Prinzipien in noch weit größerem Umfang Eingang gefunden als drei Jahrzehnte vorher in die Reichsverfassung von Weimar. Unvergleichlich stärker als im Jahre 1919 haben die Erfahrungen der vorausgegangenen Epoche dazu gedrängt, wirksame Garantien für die Sicherung der Rechtsstellung des Staatsbürgers gegenüber der öffentlichen Gewalt zu schaffen. Der "Rechtsstaatsgedanke" ist nach dem Zusammenbruch des Jahres 1945 "die zentrale gemeinsame Forderung aller Richtungen in Deutschland" (2) gewesen.

Ihren deutlichsten Ausdruck hat die Aufnahme des Rechtsstaatsprinzips als eines "beherrschenden, unmittelbar verbindlichen höchstrangigen Grundsatzes" (3) in die Verfassung der Bundesrepublik einmal in der gegenüber der Regelung der WV, außerordentlich "verstärkten Geltungskraft der Grundrechte" (4) und zum andern in der "königlichen" (5) Bestimmung des Art. 19 Abs. IV gefunden.

Der Verfassungsgesetzgeber hat auf diese Weise seinen Willen dahin kundgetan, daß dem Staatsbürger gegenüber der öffentlichen Gewalt ein möglichst umfassender Schutz gewährt werden soll. Mit dieser Willensäußerung hat er aber auch zum Problem des VerwaltungsE. Stellung genommen; in den Fällen, in denen es zweifelhaft sein kann, ob Rechtsanwendung oder E. anzunehmen ist, soll grundsätzlich ersterer der Vorzug gegeben werden (6).

Das GG. begnügt sich jedoch nicht mit dieser "ermessensfeindlichen" verfassungsrechtlichen Grundentscheidung. Es spricht sich vielmehr auch darüber aus, auf welchen Gebieten und inwieweit es Ausnahmen von dieser Regel zulassen will. Indem das GG nämlich in Art. 2 Abs. 1 Halbs. 2 auf die "jedem Freiheitsrecht

(2) W. JELLINEK, VStRL., H. 8, S. 141

(3) HAMANN, Das Grundgesetz .., Kommentar, 1956, S. 22

(4) MANGOLDT-KLEIN, S. 93

(5) W. JELLINEK, VStRL., H. 8, S. 3

(6) vgl. FORSTHOFF, S. 78; " .. die Vermutung spricht für die Rechtsanwendung .. und gegen das E."

.. innewohnenden immanenten Schranken" (7) der "verfassungsmäßigen Ordnung" hinweist, zeigt es nach Ansicht des Verfassers auch die Grenzen auf, die der Rechtsanwendung gegenüber dem Verwaltungshandeln gesetzt sind. Diese Grenzen sind dort gezogen, wo die Tätigkeit der Verwaltung, die diese in Wahrung der "verfassungsmäßigen Ordnung" zu entfalten hat, durch eine Rechtskontrolle entscheidend behindert würde. Anders ausgedrückt: soweit die Exekutive zur Durchsetzung der Grundsätze der "verfassungsmäßigen Ordnung" tätig zu werden hat, soweit muß ihr auch die dazu erforderliche Handlungsfreiheit gewährt und nötigenfalls eine Befreiung von gerichtlicher Kontrolle zugestanden werden.

Es ist nun allerdings in vielen Fällen keineswegs leicht, die der Rechtsanwendung gesetzten Grenzen zu bestimmen. Vielmehr wird es in der Regel einer sehr sorgfältigen verfassungspolitischen Abwägung bedürfen, um eine der "Gesamtkonzeption" des GG. gerecht werdende Lösung zu finden. Aber so groß diese Schwierigkeiten auch sein mögen, ungehen lassen sie sich nicht - es sei denn auf die Gefahr hin, daß einer der tragenden Verfassungsgrundsätze unbeachtet bleibt. Auf der einen Seite darf der klar zum Ausdruck gebrachte Wille des Verfassungsgesetzgebers, dem Staatsbürger grundsätzlich Rechtsschutz zu gewähren, nicht mißachtet werden. auf der anderen Seite ist es aber auch erforderlich, den anderen Prinzipien der "verfassungsmäßigen Ordnung", wie insbesondere dem der Sozialstaatlichkeit (8), gerecht zu werden.

(7) MAUNZ, S. 87; ebenso MANGOLDT-KLEIN, S. 176 f. - Eine andere Meinung sieht allerdings in Art. 2 Abs. 1 Halbs. 1 ein selbständiges Grundrecht (vgl. MANGOLDT-KLEIN, S. 166 f.) und in den anderen Freiheitsrechte verbürgenden Bestimmungen dementsprechend Spezialgesetze, die den Bindungen des Art. 2 Abs. 1 Halbs. 2 nicht unterliegen (vgl. etwa BVerwG., U. v. 15. 12. 53 - 1/48 ff., 51). Aber auch die Vertreter dieser Ansicht sehen sich genötigt, für alle Grundrechtgeltende Schranken anzuerkennen; sie tun dies mit Hilfe von Thesen, welche die Gefahr der "Zersetzung der Grundrechte durch unbestimmte, ungeschriebene und vom Verfassungsgesetzgeber auch sonst nicht zum Ausdruck gebrachte Begriffe" (MAUNZ, S. 89) mit sich bringen. Vgl. hierzu auch das U. des BVerfG., v. 16. 1. 57 (JZ. 57/167 ff.) und DÜRIGS kritische Besprechung dieses U. (JZ 57/169 ff., insbes. S. 173 Ziff. V).

(8) Die Zugehörigkeit des Sozialstaatsprinzips zur "verfm.O." wird u. a. bejaht von SCHEUNER, VStRL., H. 11, S. 22; E. R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht. 2. Aufl., Bd. I, 1953, S. 663 und DÜRIG, JZ. 57/172; a. A. FORSTHOFF, VStRL., H. 12, S. 29 und wohl auch MANGOLDT-KLEIN, S. 182 mit S. 10.

Unter diesen Gesichtspunkten ist auch die Lösung des Problems der "Interessen des öffentlichen Verkehrs", von dem in der "Einleitung" die Rede war, zu suchen. Wie bereits am Ende der "Einleitung" bemerkt wurde, ist es allerdings n i c h t Aufgabe dieser Arbeit, zu den gegensätzlichen Ergebnissen der verschiedenen dort angeführten Urteile und zu den im Schrifttum vertretenen Meinungen ausführlich Stellung zu nehmen und dabei auf deren Begründungen, mehr als zwangsläufig bereits geschehen, einzugehen. Zur Erläuterung der eben skizzierten Gedankengänge erscheint es aber doch nötig, den nach Ansicht des Verfassers richtigen Weg zur Lösung des genannten Problems wenigstens anzudeuten.

In der Frage der "Int. d. ö. V." wird dem Staat zunächst von allen Gerichten wie auch im Schrifttum übereinstimmend das Recht zugebilligt, auf dem Gebiete des öffentlichen Verkehrs unter Einschränkung des Grundrechts der Berufsfreiheit die Belange der Allgemeinheit zu wahren (9). Es herrscht also kein Streit darüber, daß der Staat hier ü b e r h a u p t grundrechtsbeschränkend tätig werden darf. Dagegen gehen die Ansichten darüber weit auseinander, i n w i e w e i t er und insbesondere die Exekutive ein Recht zum Eingreifen hat. Auf der einen Seite - um nur die extremen Ansichten zu nennen - billigt das BVerwG. in jener Entscheidung aus dem Jahre 1954 der Verwaltung das Recht zu einer Planung und Lenkung des Verkehrs zu, die mit "Willensentschlüssen" verbunden ist und die deshalb eine richterliche Kontrolle notwendig ausschließt. Auf der anderen Seite verfißt REUSS die Meinung, daß der Verwaltung hier nur eine "negativ-abwehrende" Funktion zukomme, in deren Ausübung sie durch die Gerichte zu überwachen sei (10).

Welchem der verschiedenen Standpunkte in diesem Streit der Vorzug zu geben ist, d. h. welche Meinung der "Gesamtkonzeption" des

(9) Über die von den einzelnen Gerichten gegebenen Begründungen vgl. u. a. BVerwG., U. v. 10.3.54 - 1/92 ff., 93-95; BayVGH. U. v. 18.2.55 - DVBl. 55/253 ff., 257 und OVG. Münster, U. v. 12.5.53 - DVBl. 53/761 ff., 763; zusammenfassend MAUNZ, S. 120 f.

(10) DÖV. 54/535 ff., 536

GG. am besten entspricht, ist nach Ansicht des Verf. den Grundsätzen der "verfassungsmäßigen Ordnung" in Verbindung mit den Regeln zu entnehmen, die sich aus der Eigenart der Tätigkeit der Verwaltung einerseits und der Funktion der Rechtspflege andererseits ergeben.

Zur "verfassungsmäßigen Ordnung" im Sinne des Art. 2 Abs. I GG. gehört, wie oben bereits festgestellt, auch das in Art. 20 Abs. I und Art. 28 Abs. I verankerte Prinzip der Sozialstaatlichkeit. Mit der Aufstellung dieses Grundsatzes will die Verfassung die Bundesrepublik nicht etwa lediglich als Staat der sozialen Gerechtigkeit charakterisieren oder die Beseitigung von sozialen Notständen als deren Aufgabe bezeichnen. Vielmehr will das GG. darüber hinaus den "Sozialstaat" in dem Sinne anerkennen, daß dieser die durch die moderne Entwicklung entstandenen sozialen Bedürfnisse des einzelnen durch "organisierte Vorkehrungen" und "umfangreiche Versorgungssysteme" (11) zu befriedigen habe (12).

Eines derjenigen Gebiete, auf denen der Staat in dieser Weise sozial tätig zu werden hat, ist das des öffentlichen Verkehrs (13). Die Bundesrepublik als Sozialstaat darf sich hier nicht auf eine nur "negativ-abwehrende" Tätigkeit beschränken. Sie hat vielmehr zu planen, zu lenken und zu ordnen, um ein Verkehrswesen zu schaffen, das den Interessen der einer solchen Verkehrs-Ordnung "bedürftigen" Allgemeinheit entspricht. Der Staat hat also eine echte Verkehrs-Politik zu treiben.

Wenn aber die jeweilige Regierung das Recht und die Pflicht zum Betreiben einer solchen Verkehrs-Politik haben soll, dann muß auch die Anwendung der dazu nötigen Mittel als zulässig angesehen wer-

(11) FORSTHOFF, Verfassungsprobleme des Sozialstaats, 1954, S. 7

(12) Ebenso BACHOF, VStRL., H. 12, S. 40; STAMM, JZ. 55/150 und wohl auch FORSTHOFF, a. a. O., S. 6 f. - Meist wird allerdings das Sozialstaatsprinzip enger aufgefaßt; vgl. etwa MENDER, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats .., 1953, S. 31; MAUNZ, S. 58 f. und wohl auch v. MANGOLDT, Das Bonner Grundgesetz, 1953, S. 134.

(13) vgl. FORSTHOFF, a. a. O., S. 6 f.: "Der moderne Mensch lebt weiträumig, .. auch eine breite Schicht des Volkes, wie der Berufsverkehr der Bahnen beweist. Diese Entwicklung ist für die Struktur des Staates von größter Tragweite .."

den. Die Regierung muß also neben der Initiative zum Erlass von einschlägigen Gesetzen auch die Möglichkeit haben, in der täglichen Praxis eine Linie verfolgen zu lassen, die einer bestimmten Konzeption entspricht. Eine solche nach Ansicht der jeweiligen Regierung richtige "Linie" verfolgen kann aber nur die Verwaltung. Die Gerichte dagegen können - von ihrer Unabhängigkeit ganz abgesehen - nur Entscheidungen treffen, die im Einzelfall gerecht erscheinen mögen, die aber deshalb mit der Gesamtkonzeption der Regierung nicht immer übereinzustimmen brauchen.

Es dürfte demnach also nötig sein, die Beurteilung der "Int. d. ö. V." durch die Verwaltungsbehörden weitgehend der richterlichen Kontrolle zu entziehen. Es wird mit anderen Worten auf dem Gebiet des Verkehrswesens dem Prinzip des Sozialstaats - wenigstens teilweise - der Vorrang vor dem des Rechtsstaats eingeräumt werden müssen.

L e b e n s l a u f

Am 12. 5. 1914 in Kirchberg in Sachsen geboren, besuchte ich von 1925 ab das Realgymnasium in Zwickau, wo ich Ostern 1934 auch die Reifeprüfung ablegte. Nach Ableistung des Wehrdienstes studierte ich von 1936 bis 1939 Rechtswissenschaft an der Universität Leipzig. Im Juni 1939 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung. Anschließend wurde ich Gerichtsreferendar.

Nach Entlassung aus der Kriegsgefangenschaft wurde ich im Herbst 1945 zunächst in eine Textilfabrik und später in den Uranbergbau verpflichtet. Dort habe ich bis 1951 gearbeitet. 1952 habe ich die Sowjetische Besatzungszone verlassen.

Seit meinem Zuzug in die Bundesrepublik bin ich als Mitarbeiter einer juristischen Fachbuchhandlung tätig.

